



349.197-Sa22mA-v.6:c.1  
معهد الدراسات العربية العالية  
مصادر الحق في الفقه الإسلامي  
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01055044

AMERICAN  
UNIVERSITY OF  
BEIRUT







مصحح نصوص  
مكتبة الدراسات العربية العالمية

مصادر الحق  
في  
الفقه الاسلامي

كتاب في

الرياضة

جامعة الزيتونة

معهد الدراسات العربية العالية

# مصادر الحديث في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٦)

أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع - زوال العقد

ألقاها

عبد الرزاق الشنهوري

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٩

١٩٥٩

كتاب الحجة

في

كتاب الحجة

كتاب الحجة في

كتاب

كتاب الحجة في

كتاب

كتاب الحجة في

كتاب الحجة في

كتاب

كتاب



## الفصل الثاني

### آثار العقد بالنسبة الى الموضوع

---

ما يلزم العاقدين بالعقد والمسئولية العقدية :

آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع تلخص في أمرين :

أولاً : أن العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه .

ثانياً : أن العاقد إذا لم يحم بالالتزامات الناشئة من العقد ، توثبت مسئوليته وهذا ما يسمى بالمسئولية العقدية .



# الفرع الأول

العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه

## المبحث الأول

ما يلزم العاقدين بالعقد

في الفقه الفرعي

تعميد موضوع التعاقد :

لا يلزم العاقد إلا بما ورد في العقد . وقد يرى القاضي العقد في حاجة إلى التفسير ، فإذا فسر وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ليبين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على العاقد أن يقوم بالتראה كما تحددت في العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فتكلم إذن في مسائل : ( ١ ) تفسير العقد . وتحديد نطاقه ( ٢ ) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

## المطلب الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه

التمييز بين تفسير العقد وتعميد نطاقه :

أول ما يعرض للقاضي في شأن العقد هو تفسيره إذا كان في حاجة إلى تفسير . وتفسير العقد هو استخلاص الية المشتركة للمتعاقدين . فإذا فرغ

القاضي من التفسير، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يتصر في هذا التحديد على الية المشتركة للمتعاقدين . بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستمرات العقد وفقاً لقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وستعرض أولاً كيف يفسر القاضي العقد ، ثم ستعرض كيف يحدد نطاقه .

### § ١ - تفسير العقد

#### مبادئ التفسير الثموت :

العقد ، من حيث التفسير ، له حالات ثلاث .

( أ ) إما أن تكون عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها ، ومن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من الميثاق المصري في هذا الصدد على أنه : إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها لتعرف على . . . المتعاقدين .

( ب ) وإما أن تكون عبارة العقد غامضة ، فتكون في حاجة إلى التفسير . وبحسب تفسيرها يجب على الية مشتركة للمتعاقدين . ومن الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من نفس الميثاق المصري في هذا الصدد على ما يأتي : أما . . . كان هناك محل لنفسه العقد ، ويجب البحث عن الية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الخرقى للألفاظ ، مع الاستمرار في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما يسمى أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات . .

( ج ) وقد يقوم ، بعد محاولة القاضي البحث عن الية مشتركة للمتعاقدين لتفسير عبارة العقد غير الواضحة ، شك في نية هذه الإرادة ، وعند ذلك يفسر الشك لمصلحة المدين في غير عقود الإذعان . وفي هذا تقول المادة ١٥١

من التفتيش المدنى المصرى : ١٠٠٠ يفسر الشك في مصححة المدين ٢٠٠ . ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان صاراً بمصلحة الطرف المدعى .  
وبحث على التعديلات كلاً من هذه الحالات الثلاث .

## (١) عبارة العقد واضحة

### العبارة واضحة والإرادة واضحة :

إذا كانت، أمة "العقد واضحة"، افترض القاضي أن هذه العبارة الواضحة تترجم بأمانة عن الإرادة المشتركة للمتدعين، وتكون هذه الإرادة هي أيضاً واضحة. وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي - بحجة أنه يفسر العقد، أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعمود في معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريطاً لها ومسحاً ونسباً . مما يوجب رفض الحكم .

### العبارة واضحة والإرادة غير واضحة :

على أن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة للعقد، مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها، وانفتح عنها اللبس والإبهام . ذلك أن وضوح لعمده غير وضوح الإرادة . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتدعين أساء استعمال هذا التعبير الواضح . فقصداً مع وغيره سقط لا يستقيم في هذا المعنى . وفي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بأحد الواضحين لفظاً، بل يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان .  
والسك لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين : ( الشرط الأول ) هو أن يعرض بأدى . لأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان . فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضي يأخذ

يأدى الأمر بالإرادة الظاهرة، وهذه الإرادة هي المعنى الواضح للعبارة الواضحة ولكنه لا يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هي ذات الإرادة الباطنة. فإذا قام دليل على أن هناك تقابلاً بين الإرادتين، وجب أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة. (والشرط الثاني) هو أن القاضى إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعانى لقيام أسباب تبرر ذلك، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب، وبحكمة القضاة الرقابة على بحكمة الموضوع في ذلك، من طريق الرقابة على تسبب الحكم. وبحكمة الموضوع أن تعدل عن المدلول الظاهر لعبارة العقد الواضحة، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت ذلك الصيغ هذا المعنى الذى افترضت به ورحمت أنه هو مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أحدثت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها. فإن قصر حكمها في ذلك، كان بإطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانوناً أن ينبى عليها.

### (ب) عبارة العقد غير واضحة

البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .

رأينا أن الفقرة الثاية من المادة ١٥٠ من التقنين المدنى المصرى تقول :  
« أما إذا كان هناك مح لتفسير العقد ، فيجب البحث عن الية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ،

أما أنه لايجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ وواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة على الجواندى رأينا ، فأولى ألا نقف عنه وعبارة العقد غير واضحة لا تنصرف إلى معنى واحد ، بل تشمل معانى مختلفة . أما أن العبارة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين

لا بالارادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضا ، لأن الارادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان هي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لاى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها .

ولكن أين نجد هذه الارادة المشتركة أو النية المشتركة ؟ من الفقهاء من يذهب إلى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمش في الانجذاب الموجه من الموجه إلى الطرف الآخر ، مفهوم ما على النحو الذي أحـ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به . فالانجذاب يصدر من الموجه ، ويتلقاه الطرف الآخر ، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . وهذا الفهم الحاصل فعلا أو المستطاع تحصيله هو الذي تنقب عنده ، لأنه هو القدر المتبصر الذي تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى ، يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك ، فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتساومان ، وينادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيه معا . ولما نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيب فيه . ويذهب سالى الفقيه الفرنسي المعروف إلى أن الارادة المشتركة هي الارادة القانونية التي يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الارادتين ، دون أن يصحى إحداها مصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأي يستبدل بالارادة الحقيقية لمتعاقدين إرادة ليس لها ، بل هي إرادة من صنع لقاضى هو الذى يقوم بنسج حيوطها ، ثم يفرصها عليهما مرضا .

والأولى ألا نبحر لرأى من هذين الرأيين ، وأن نستق السألة بساطتها الأولى . فقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة لمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض وبها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقم دليل على غير ذلك ، وجب أن نستخلص الارادة

الحقيقية للمتعاقدين — وهي التبة المشتركة التي تبحث عنها — من هذه الارادة الظاهرة ، عن طريق معايير تستهدى . بها هي التي تتولى الآن الكلام فيها .

العوامل التي يستهدى بها القاضى المكشوف عن التبة المشتركة للمتعاقدين :

يمكن التمييز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسبها للعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهي خارجة عنه ونسبها بالعوامل الخارجية .

من العوامل الداخلية طبيعة انعمية ، إذ العقد يفسر بحسب طبيعته ، وإذا احتملت العبارة معنى محبة اختيار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد . فإذا اشترط المعير في عبارة الاستعير أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، لم يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عبارة اسهلاك . بل قصد المعير أن يرد المستعير في حالة هلاك الشيء يرد مثله لا بأن يدفع تعويضاً . وإذا انحارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث ، فسر ذلك أنه يرث عن جميع حقوقه في التركة حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً عنه ، ولكن لا يشمل التحارج حقوق موروثه من تركه أخرى . ومن العوامل الداخلية أيضاً ما يدعى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، والأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له . فمن وجه إليه إيجاب يجب أن يفهم عبارته ، تقتضيه الأمانة في التعامل . فإذا كان هناك حذر في التعبير أو لبس واستطاع أن يبين ذلك أو كان يستطيع أن يتييه ، فالأمانة في التعامل تقضى عليه ألا يستعمل ما وقع من إيهام في التعبير . ويقال هذا الواجب حق ، وليس وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . وقد جاء في لتقيين المدنى الفرنسى ذكر بعض العوامل الداخلية التي يستأنس بها لقاضى في تفسير العقد ، لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد



فحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدني فرنسي)،  
 إذ إعمال الكلام حين من إيمانه. وبذا سلب شخص آخر أرضاً مملوكة له في  
 مقابل دين، واشترط الدائن أن يستولي على بيع الأرض في بطير الفوائد،  
 وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا بعد سداد الدين. وفسر هذا العقد بأنه  
 غاروقه إذ هو يجمع خصائصها، فإنه لا ينتج أثراً قانونياً إذ إعماله قد أعييت  
 ببناء الأراضي احرارحة. وفسر على أنه من حيلة، ولا تسمع للدائن  
 أن يستولي من البيع على ما يرد على أحد الأقصى الذي يجوز الاتفاق عليه  
 في الغرور. ومن هذه العوامل أيضاً أن العقد يفسر بمصالحها  
 (م ١١٦١ مدني فرنسي)، فقد سلب هذا عبارة مصلقة. فحددها عبارة  
 سابقة أو لاحقة. وقد تقرر العبارة أصلاً، يرد عليه اسماء ذكر قلها  
 أو بعدها. وقد تكون العبارة مهمة، وتفسر في عبارة وردت في موضع  
 آخر. فإذا باع شخص مرفوشات ماله، وعين هذه المرفوشات في مكان  
 آخر من العقد، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى،  
 إذ الخاص يقيد العام. وإذا قام التناقض بين عبارتين، اتجه القاضي في  
 التوفيق بينهما، فإن لم يستطع انحاز العبارة التي يظهر له أن المتعاقدين كما  
 يريدان دون الأخرى. ومن هذه العوامل الداحضة أيضاً أن تخصيص  
 حابة بالذكر لا يجعلها تفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدني فرنسي)، فإذا باع  
 شخص أرضاً راعية وكان من أنواعها مواش حصصت بالذكر في عقد  
 البيع، فليس هذا معناه أن الموثق وحده هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع،  
 بل كل النواع الأخرى من آلات راعية ومبان ومجرى وغير ذلك تدخل  
 أيضاً. أما تخصيص المواشي بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين حسباً أن  
 يقوم في شأنها شك أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة عليها فأفرداها بالذكر.

ومن العوامل الخارجية التي يفسر بها العقد العرف الجاري في المعاملات  
 والطريقة التي يفسر بها العقد فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجاري في  
 التعامل، فالعرف مثلاً يعنى أن يكون أجر المصدر ٢٠ من قيمة لصفقة.

ويعرف معتبر بوجه خاص في المسائل التجارية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك . وقد تصح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي يتخذها العقد ، فإذا اعتاد المستأجر مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فسر القاضي العقد بأنه يقضي أن تكون الأجرة واجبة الدفع في موطن الدائن لا في موطن المدين ، خلافا لما تقضي به القواعد العامة .

### ( ج ) قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

يفسر الشك في مصلحة المدين — مبررات هذه القاعدة :

نص المذكرة الأولى من المادة ١٥١ مدني على أنه يفسر الشك في مصلحة المدين ، ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية :

أولاً : الأصل براءة الدمة والالتزام هو الاستثناء ، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه . — إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم ، أي أصبق مدى تتحمه عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادته وإرادة الدائن إلا في حدود هذا المدى الضيق .

ثانياً : الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك في تحديد مدى الالتزام ، وأراد الدائن أن يأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك فلا يبقى إلا الأحاد بالمدى الضيق ، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل .

ثالثاً : الالتزام بمصلحة الدائن لا المدين ، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأ ، ووجب أن يفسر الالتزام في مصلحة المدين إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً ، وهذا الاعتبار يبرر في الوقت ذاته كيف أن الالتزام يفسر لمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائماً ، إذ أن الطرف الآخر هو الذي يملئ عليه العقد .

## نظام تطبيق القاعدة :

لا بد أن يكون هناك شك في التعرف على الـمة المشتركة للمتعاقدين ، أن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال لتفسير ، ولم يتبين أى وجه يعبر به العقد ، فالعقد غير موجود . كذلك إذا أمكن ترجيح وجه على وجه مهما كان الترجيح عسيراً ، فالشك منتف ، ووجب الأخذ بالوجه الراجح .

ويرد على القاعدة استثناء ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من التقنين المدني المصري على الوجه الآتي : ، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات انماصة في عقود الإدعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى ، . فيجب إذن ان يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائماً . فعقد لتأمين مثلاً يفسر دائماً ، في الالتزامات التي تترتب في دمة شركة التأمين ، لمصلحة المؤمن له لا لمصلحة الشركة .

## تطبيقات القاعدة :

إذا كان هناك شك في وجوب إعداد المدين ، فسر الشك في مصلحته ووجب الإعداد . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجرائق مستحقاً في حالة التأخر عن تنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ . فسر الشك في مصلحة المدين ولا يكون الشرط الجرائق مستحقاً إلا في حالة عدم التنفيذ وإذا اشترطت لعمولة عند تمام كل صيغة ولم يذكر منى تدفع . كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لأعد عقدها

## ٢٨ — تحديد نطاق العقد

العوامل التي يستند بها القاضى في تحديد نطاق العقد :

لا يقتصر القاضى . كما قدما ، في تحديد نطاق العقد على الكشف عن الية مشتركة لمعاقدين كما يفعل في تفسير العقد ، بل يصيب مدى ما يعتبر من مستندات العقد . وأهم العوامل التي يستند بها في تحديد هذه المستندات هي : ( ١ ) طبيعة الالتزام ( ٢ ) القدر في أحكامه الكمية والمفسرة ( ٣ ) عرف ويضاف إليه الشروط الملزمة في التعامل ( clauses de style ) ( ٤ ) العادة .

## طبيعة الالتزام :

يستكمل القاضى نطاق العقد بما يقتضيه هذه الطبيعة . فمن باع عينا يعتبر أنه باع بالاضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بضعة رائمة لاستعمالها طبقا لما تنهى به طبيعة الأشياء . ومن باع حقا يعتبر أنه قد باع بالاضافة إليه ما يكمله ويؤيده ، كرهن وكفالة ودعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الاضافية التي لاغى عنها في تسببها . ومن باع متحرراً وحب عليه أن يسم لشترى السمحات التي تبين ماغى المتحرر من ديون وماله من حقوق وما يتصل به من عملاء . وعقد العمل يقتضى أن يتصمر رب العمل سلامة العمل ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يصمد أمين النقل سلامة الأشخاص اذى ينقلهم من مكان إلى مكان .

## القوانين التكميلية والمفسرة :

وهذه القوانين تعين القاضى على استكمال نطاق العقد . دلت أن المتعاقدين يتركان في الغالب بعض تفصيلات التعاقد ، إما لأنهما لم يتوقعاها ، وإما

اعتماداً على أحكام القانون . وهما تقي الأحكام القانونية تكمل العقد . هذا  
أعقل استيعاب تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه ، أو ميعاد الوفاء بأشئ  
ومكانه ، أو ما يدر به لئلا ينع من ضمان تعرض واستحقاق وغيوب حقة ،  
فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع ، وتكون  
هذه الأحكام جزءاً من العقد .

### المعرف والشروط المألوفة :

المعرف بحري بحري القانون بوجه خاص في المسائل التجارية والبحرية .  
ويتصل بالمعرف شروط المألوفة في التعامل ، فنصف إلى العقد الشروط التي  
جرت عادة بدراجها فيه وإن لم تدرج فعلاً ، وهي شروط أكثر تحديداً من  
المعرف . مثل ذلك ما حثت به عادة في الصادق ومتاعم والمقاهي  
من أن تصاف إلى حسب العمل به متوبة تنجح بها ختم ، فهذا شرط  
ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك معيلاً وحتى لو لم يذكره مكنه .

### المركب :

وقد يستشهد القاضي بقواعد عامة في مسائل شروط العقد المحدد  
بطاقته . مع يجب عليه أن يكلف عن أي عمل من شأنه أن يجعل به  
الحق . مع مسدداً أو عسيراً ، وهو . ثم مقتضيه لعدالة وإن لم يذكر في  
العقد . وهذا المنحصر بلزوم بحكم المشرى بأمره منه مرفعة غير مشروعة  
يترفع به من حملاء المتجر والعمل على إذا عمل في مصنع فاصلع على  
أسره الصبعية بحكم عمله يترفع بالأيوح منه الأسر لمصنع مماثل ،  
ولو لم يشترطه عنه ذلك . وفي عقد الزمين على إحياء يجب على المؤمن له  
ألا يكتم عن شركة الزمين ما أصبب من أمراض خطيرة حقة ، إذا كان من  
شأنها أن تؤثر في لبيعة التي نعملها الشركة .

## المطلب الثاني

### إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

«قاعدة عامة والاستثناء منها :

إذا قرر القاضي العقد وحدد نطاقه ، عرضت بعد ذلك مسألة تنفيذ العقد (١) . والقاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه ، نطاقه ، دون تعديل فيه إلا ما انفق عليه المتعاقدان أو نص عليه القانون . والاستثناء ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من حوار تعديل القاضي للعقد فيبحث القاعدة العامة ، ثم الاستثناء .

### ١٤ — تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

العقد شريعة المتعاقدين :

ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد له شأن القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو مفسح القانون في حدود النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن أحكام القانون التي تدخل في هذه الحدود ليست إلا أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين . فإذا ترى المتعاقدان

(١) ففي تفسير العقد يبحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفي تحديد نطاق العقد يصف إلى هذه النية المشتركة ما لم تناوله في الواقع ولكنه يصبر من مستلزماتها . وفي تنفيذ العقد يجعل هذه النية المشتركة دليلاً على ضعف النية المستلزماتها ، هي شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، ويجب سفيده طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية .

يارادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما حتى في نطاق هذه الأحكام التكميلية ، سرى عليهما ما أراده لانه هو الأصل ، واختفت الأحكام التكميلية لأن البديل يتوارى إذا ظهر الأصل .

وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق ، فهناك وجوه شبه كما أن هناك وجوه خلاف . أما وجوه الشبه ، فهي أن كلا منهما ملزم . وفي أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف . وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التي صنع بها كل منهما . وفي أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبعاً بمتنصبات العدالة وحسن الية . وأما وجوه الخلاف ، فهي أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام ، أما القانون فيلزم قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام . وتفسير العقد — إذا أخذنا بإرادة الباطنة — مسألة موضوعية ، أما تفسير القانون مسألة قانونية تخضع لرعاية محكمة القضاء .

**فقد يجوز نقض وتعديله باتفاق الطرفين أو لمصلحة أحدهما التي يقررها القانون :**

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله بإرادة مستقل بها أحد الطرفين ، إلا في الحدود التي يقررها القانون . كما لا يجوز للقاضي نقض العقد ولا تعديله بحجة العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين دون أن تستلحقها .

ويجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين ، ويحصل هذا الاتفاق إما عند النقض أو التعديل ، وإما عند التعاقد منذ البداية فيتفقان على إعطاء هذا الحق لأحدهما أو لكليهما .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها ، كالوكالة

والوديعة والشركة والإيجار وعقد العمل إذا كانت هذه العقود الثلاثة الأخيرة غير محددة المدة . وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد . ولا عند اعتبارات عادلة ، كما نص في جواز تعديل الشرط الحرائق ، وفي حرار مح اندين نظرة أيسرة ، وفي جواز الرجوع في الهبة ، وفي جواز تعديل أحر او كين ، وفي جواز رد الالزام المرفق إلى الحد المعقول وهي نظرية حوادث انطارة وسعود إلى تفصيلها .

ولكن يجب تمييز العقد بطريقة تفوق مع ما يوجب حسن النية :

عندما يلزم افاضى المتعاقدين سعيه المقصد . يقتضى منها أن تشاء طريقة تفوق مع ما يوجب حسن نية . عند قبول رد العقد بتوضيح أسلاف الكرماء يجب عليه أن يقوم بتفصيلها من أقرب طريق ممكن ، وأمن النفس يجب عليه أن ينقل الصاعقة من الطريق الأصلى .

وهناك عقود يسحق فيها واجب حسن النية في صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقتضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد . وفي عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء في تنفيذ أعمالهم المنصوص ، حتى أن القانون يحرم حق الشركة لم أحل أحد شركاءه . الواجب . وفي عقد الامتياز يبره واجب تعاون مؤمن له أن يحظر مؤمن بما يقع من حوادث أثناء سير العمل . وأن يدل ما في وسعه لتجفيف من استمرار المؤمن عليه ، داووق . ويقضى واجب التعاون على المشتري أن يحضر المؤلف بما سمى مع كتيبه ، وعلى المشتري أن يحضر البائع بدعوى استحقاق المبيع في وقت ملاءم ، وإذا كتم عياني المبيع وجب عنه أن يحضر البائع في مدة معقولة . ويجب على المشتري أن يار إلى حصص المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كمن يحتاج اعين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصابها أو يعتدى عليها أجبي . وعلى الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وعلى أى وجه كان



انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يرضى بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تعرض معها للتلف .

### مشمول العقد — تقسيم العقود بالنسبة إلى مشمولتها .

ولفقه العرفي يعرف لعقود المساهة كل عقد باسمه ، ولكنه يعرف إلى جانب ذلك بطريقة عامة للعقد تسري أحكامها على عقود المساهة والعقود غير المساهة .

وطبقاً لمطربة العامة للعقد ، تنقسم العقود إلى أمات في جانب المتعاقدين . والالزام يوجب على المدين به نحو الدائن أن ينقل به حتماً عيباً أو أن يقوم بعمل أو أن تمتنع عن عمل . فالبايع يدفع نحو المشتري أن ينقل له ملكية المبيع ، وأن يسسه به ، وأن يمتنع عن العرض ، وأن يضمن الامتنعاق والعيوب الخفية . وتال عقد آخر لا يعدو مشتملاً له بواحدة لتعبد ما قدمناه من الالتزام بنقل حتى عين أو أمانة ، بعض أو الأمانة بالامتناع عن عمل .

وتقسم الفقه أيضاً في هذه العقد — المساهة إلى مشتملاتها إلى عقود ترد على الملكية وهذه هي المبيع والمقايضة والهبة والتمليك والقرض والصلح ، وإلى عقود ترد على المنفعة وهذه هي الإيجار وأمانته ، وإلى عقود ترد على العمل وهذه هي القدونة وعقد العمل ، وكالة ومودعة والحراسة ، وإلى عقود عمر وهذه هي المقامرة ورهن والإيجار المربى مدى الحياة وعقد التأمين ، وإلى عقود بوثيق وهذه هي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحياة .

وسنرى أن لفقه الإسلام في مراجعته القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد ، بل هو يستعرض لعقود المساهة عقداً عقداً ، وعلى الباحث أن يستخلص المطربة العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المساهة ، فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة لغاية من هذه العقود .

## ٢٩ - نظرية الحوادث الطارئة

## وضع النظرية :

نمقرص هذه الطريقة أن عقداً يتراحي تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال كعقد توريد، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً غيراً فجائياً لحدوث لم يكن في الحسبان، بحيث يحتل التوازن الاقتصادي للعقد احتلالاً خطيراً. وليكن الحادث خروج السلعة إلى تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، ويرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً، بحيث يصح تنفيذ المدين لعقد التوريد تهدده بحسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، لكان قوة قاهرة، ولا يقضى به الالتزام. ولو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بحسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف، لما كان له من أثر، ولا لزم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً. ولكنا نفرض من جهة أن تنفيذ الالتزام لم يصح مستحيلاً، ونفرض من جهة أخرى أن تنفيذه يعود بحسارة على المدين تخرج عن الحد المألوف. ثم نعرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جد بعد تنفيذه، إذ لو كان قائماً وقت نشوء العقد لبقينا في نطاق تكوين العقد ولم نخرج إلى نطاق تنفيذه، ولما كان علينا أن نلتصم العلاج في عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو كراه أو استعمال أو في نظرية عقود الإذعان.

فإذا يكون الحكم في المثل الذي أسماه ؟ يقول نظرية الحوادث الطارئة. لا يقضى الزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى الزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، يطبقه عشقة ولكن في غير إرهاق.

ونبحث : (١) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة (ب) كيف أخذ التقنين المدني المصري ومعها التقييمات المدنية العربية الأخرى بهذه النظرية.

## (١) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

### النظرية في العصور الوسطى :

ظهرت النظرية في العصور الوسطى في القانون الكنسي . فقد كان رجال الكنيسة يرتبون أثراً قانونياً على الحادث الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين . وقامت الصياغة الفنية لنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف ( *rebus sic stantibus* ) ، فاعتقد بمترص فيه شرط صريح هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذ ولا تتغير بغيرها جوهرياً ، فإذا ما تغيرت بحيث يصح بفسخ العقد جائزاً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب نعدس العقد ليرول الخيب الناشئ من هذا التغير المفاجيء في الظروف الاقتصادية .

### النظرية في القانون الحديث — أثرها في القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثمرة بنعذ منها القاضي إلى العقد قبل من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء الآخر ، لم نلت النظرية أن اقتكمت على أيدي المدينين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني . ونبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية ، لافقها - على خلاف في الرأي - ولا قضاء .

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء على أساس مختلفة قام بتأييدها حصوم النظرية . من الفقهاء من جعلها تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح الترام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تسكر في حسبانته . ولكن حصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان

ما انعقا عليه لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق فيفتح الباب واسعا للتحكم .  
ومن الفقهاء من فسر النظرية في ضوء المبدأ القاضى بأن المدين فى التزام  
تعاقدى لا يدفع تعويضا إلا عن الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب  
المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً حسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد .  
ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تعبد العقد ، لا عند تنفيذه  
كما هى الحال فى نظرية الظروف الطارئة . وقيل إن لصيغة ترجع إلى مبدأ  
الإثراء بلا سبب ، فالقاضى تعدله العقد المرهق يجمع الدائم من أن يثرى  
على حساب المدين . ويرد على ذلك أن الدائم يثرى بلا سبب ، بل إن هناك  
سبباً لإثرائه وهو العقد . وقيل أيضاً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن  
إسنادها إلى مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، فالدائم يتعسف فى استعمال حقه  
إذا طالب المدين بتفديد التزام أصبح مرهقاً بظروف طارئة لا يمكن أحد  
بتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائم قد أراد تنافه بتراسخ مدة من  
الزمن أن يستوثق من حقه طوال هذه المدة . فإذا عجزت لظروف وطالب  
بحقه لدى استوثاقه منه بالتعاقد كان مضرراً لا منعسفاً . ثم نقول جمهرة  
رجال لفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع ، فإذا حدثت  
أحوال تقضى تدخل المشرع عجزت بالتشريع المناسب وعدم الحاجة  
وهذا ما فعله المشرع فى مصر وفى فرنسا وفى غيرها من الدول ، فى تأجيل  
الدون وفى عقود الإيجار وفى تحديد أسعار الاحداث والمواضع التجارية وفى  
بعض العقود التجارية .

أما لقضاء فلم يفر لنظرية ، لا فى فرنسا ولا فى مصر . وقد أتت محكمة  
القضاء الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر ، حيث كان  
متفقاً أن تروى مياه ترابها لأراضى النجاسة بمقاييس أصبح بعد أن تغيرت  
الظروف الاقتصادية تافهاً كل التعاضد . وأتت أيضاً أن تعدل عقود التأمين  
من خطر التجديد وقت أن كانت الجديدة فى فرنسا بالافتراض . ثم ريد عدد  
الجيش زيادة كبيرة مما جعل التجديد أكثر احتمالاً ، فردا خطر الذى تعرض

له شركات التأمين زيادة جسيمة نسب هذا الحادث الطارىء . واضطرد القضاء المصري احتلظ في هذا المعنى . فعده أن الالتزام إذا كان تنفيذاً يمكننا وجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للبدين . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بنظرية الظروف لظارئة في حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع الدعوى أن مصلحة الحدود تعاقبت مع شخص على أن يورد لها كمية من الدرة العويجة بسعر معين ، فورد بعض ما تعهد به ، ثم ارتفع السعر على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من حبيته وربع إلى ما فوق احسنه الجسبات ( استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١ احكاماً ١٢ رقم ٤٢ ص ٦٣ ) . ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، ورهضت الأحكام بالطريقة ( نقص مدني ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة محمود عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ — وانظر أيضاً نقص مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة محمود عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٤٣٥ ) .

### ازدهار النظرية في القانون العام :

على أن نظرية الظروف لظارئة ، بالرغم من اذناها في القانون الخاص ، ازدهرت في القانون العام . وقد بدأت في القانون الدولي العام شرطاً صمياً مفروضاً في المعاهدات الدولية ، فهي تنقص تغيير الظروف ( *robust sine starribus* ) . ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري . وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافق مجلس الدولة الفرنسي للأحكام بها في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة اعمار في مدينة ووردو كانت ملزمة بتوريد العار لسدينة بسعر معين ، ثم ارتفع السعر عقب شوب الحرب من ٢٨ فرنك للطن في سنة ١٩١٣ إلى ٧٣ فرنك في سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد ، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى .

وقد أخذ القضاء الإدارى دون القضاء المدنى نظرية الحوادث الطارئة لسببين :

( ١ ) لأن الأصابة التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام ، فهى تتعلق بالمرافق العامة ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين المنطق الصحيح لقواعد القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة . ( ٢ ) ولأن قضاء الإدارى غير مقيد بصور تشريعية كالقضاء المدنى ، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى الشريع .

### ظهور النظرية أهمها فى القانون الخاص .

على أن سرية الظروف الطارئة أحدثت نصها أحياناً حتى فى دائرة القانون الخاص ، وبدأت تظهر فى تقنيات الحديثة .

ظهرت فى تقنين الالتزامات البولونى ، فهو أول تقنين حديث اشتمل على سر عام فى نظرية الحوادث الطارئة فقد نص فى المادة ٢٦٩ منه على ما يأتى . « إذا جرت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك محصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من الوارث الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بحساره فادحة لم يكن المتعاقدان يستطعان توقعها وقت إبرام العقد ، حل للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقاً لحاذى حسن نية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يعين صريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن يحدد مبداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد » .

ثم تبنى نصين الالتزامات البولونى التقنين المدنى الإيصالى الجديد ، فنص فى المادة ١٤٦٧ منه على ما يأتى . « فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجداً ، إذا أصبح لزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد ،

وللتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

وثالث التقينات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو التقنين المدني المصري الجديد ، فصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ منه على ما يأتي : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفي الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بحسارة فادحة ، حار للقاضي ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . ونوع التقنين المدني المصري في هذا الصريق التقنين المدني السوري ( م ١٤٨ - ٢ ) ، ثم التقنين المدني العراقي ( م ١٤٦ - ٢ ) ، ثم التقنين المدني الليبي ( م ١٤٧ - ٢ ) (١) .

## نظرية الحوادث الطارئة في التقنين المدني المصري الجديد

### وفي التقنيات المدنية العربية الأخرى

#### شروط تطبيق النظرية :

لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة نسطها فيما يلي ، وم بأحد التقنين المدني المصري بالشروط الأول منها :

أولا : أن يكون العقد أدى ثمارا نظرية في شأنه عقدا متراجعا ، ذلك

(١) لا فرق في النصوص المتعلقة بنظرية الحوادث الطارئة بين التقنين المصري والتقنينات المدنية العربية الأخرى . فبعض كل من التقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي مطابق لنص التقنين المدني المصري ، وبعض التقنين المدني العراقي لا يختلف ، فهو يجرى على الوجه الآتي : « على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفي الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بحسارة فادحة ، جاز للمحكمة ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو القسط العادلة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » ( م ١٤٦ - ٢ ) .

أن طرؤه حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتفيذه . على أن العقد إذا كان غير متراح ، وطُرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية . ولهذا أثر التفسير المصرى ، مقتدياً بالمقنين لبولوى ، أن يسكت عن شرط التراجى فهو شرط عام لا شرط ضرورى . أما المقنين الإبطى فقد نص على هذا الشرط ، بل عدد أنواع العقود التى تنطبق فيها النظرية ، هى العقود ذات التنفيذ المستمر والعقود ذات التنفيذ الدورى والعقود ذات التنفيذ المؤجل ، ونشترك هذه العقود جميعاً في أن هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتفيذه ، فهى عقود متراحية . ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة ، لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة حسيمة أو مكسب كبير .

ثاماً . أن نحدد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . مثل ذلك زلزال أو حرب أو إضراب مماحى أو قيام تسعيره رسمية أو إلغاؤها أو تشريع مماحى كتشريع الإصلاح الزراعى أو انداع باهظ في الأسعار أو زلزال فاحش فيها أو امتلاء إدارى أو وباء ينتشر أو حراد يرحب أسراباً . ويجب ألا يكون هذه الحوادث الاستثنائية خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة للذمة من ليس . فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين ، كالإفلاس أو الموت أو اضطراب الأعمال أو حرق المحصول ، لا تسكنى .

ثانياً : أن يكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كانت في الوسع توقعها ، فلا سبيل لتطبيق النظرية . فمضار اليس ( إلا ) كان فيضاً استثنائياً واختلاف سعر العملة وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث في الوسع توقعها . واحداث الذى لا يمكن توقعه لا يمكن في الوقت ذاته دفعه ، ولا فالحادث الذى يمكن دفعه يستوى فيه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع ما دام دفعه في الاستصاعة .



رابعاً . أن تجعل هذه الاحداث تنفيذ الالتزام مرهقا لاستحيلا . وهنا ترى الفرق بين الحادث الطارىء والقوة القاهرة ، فالاول يجعل التنفيذ مرهقا أما الثانية فتجعله مستحيلا . ومن ثم تجعل القوة القاهرة الالتزام يقصى لاستحالة تنفيذه ، أما الحادث الصارى فلا يقضى الالتزام بل يرد له إلى الحد المعقول ، فتتوسع الحسارة بين المدين والمدين ويتحمل المدين شيئا من تبعات الحادث . ولإرهاق الذي يقع فيه المدين دو معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، فما يكون مرهقا للمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر ، وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف أخرى ، والمهم هنا أن يكون تنفيذ الالتزام يرد المدين بحساسة فاحشة المألوفة لانكسار . ولا ينظر في هذه احصائه ، بل في الصفة التي أرمت فلا ينظر إلى مجموع ثروته . مدين وبين بكر ذلك محل اعتبار في تقدير الحسارة الفاحشة ، فتسبب حسارة إلى هذه الصفة لا إلى مجموع ثروة المدين . بل إلى الإرهاق لا يندني حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف موانية لا تتصل بالصيغة التي أصبحت مرهقة في رأتها ، فإذا انترم باخر توريد قمح وجرى منه كميات كبيرة دون أن يتوقع غلو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التحريم وبين التزامه به . بل القمح . ثم علا سعر القمح ، حار له أن يتمسك بنظرية الاحداث الدائرة إذا ما اقررت شروضا في الصيغة التي أرمتها . أما المكسب الذي يحمله من القمح المخزون لعله اسعر فيكون له هو . ولا شأن للمدين به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معيار موضوعي بالنسبة إلى الصيغة المعقولة . لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين .

#### الجزء في نظرية الاحداث الطارئة .

الحرام هو رد الالتزام إلى الحد المعقول . فصح أن يقف التقصى عند العقد ، وضح أن ينقص الالتزام بإرهاق . وضح أيضا أن يزيد الالتزام المقابل .

وقد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء، وإذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير . مثل ذلك أن يتعهد معاول بأقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب افتتاح باب الاستيراد .

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرفق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر، ثم يقل المتداول فى السوق من السكر لحادث طارئ، فيجوز للقاضى أن ينقص الكميات التى التزم المدين بتوريدها إلى حد يحوز الالتزام غير مرفق وإن بقي عبثاً ثقيلاً .

وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرفق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد ألف أردب من الشعير بسعر مئتين قرشاً للأردب، ويرفع السعر إلى أربعة جنيهات، ويرفع القاضى الثمن الوارد فى العقد . ولكن يلاحظ أمران: ( ١ ) أن القاضى لا يرفع الثمن إلى أربعة جنيهات، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر ليس بحسب نفع الارتفاع المباحش للأسعار بل أيضاً بصفة الارتفاع المألوف . فإذا فرضنا أن الارتفاع المألوف هو عشرون قرشاً، وحسب أن تحصل المتعهد هذا المقدار كله دون أن يشاركه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك — وهو ثلثمائة وعشرون قرشاً — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضى بين المتعاقدين، فصيب المتعهد منه مائة وستون . ويرفع لقاضى الثمن هذا المقدار، فيصبح مائتين وعشرين بدلاً من مئتين . ( ٢ ) أن القاضى عندما يرفع الثمن من مئتين إلى مائتين وعشرين لا يفرص على الطرف الآخر أن يشتري هذا السعر، بل يحيره بين أن يشتريه أو أن يفسخ العقد، فإذا احتار الفسخ كأن هذا أصلح لمدين إذا منع عن، فمه كل أثر للحادث الطارئ . ولا يجوز للقاضى أن يفسخ العقد على طلب المدين، وإلا تحمل الدائن وحده كل النفع ( ١ ) .

(١) ويجوز التفسير البولوى، كما رأينا، فسخ العقد إذا رأى القاضى ضرورة لذلك .

ويلاحظ في شأن الجراء أمران : ( أولا ) هو جراء يعتبر من النظام العام ، فيقع باطلا كل اتفاق على ما يحالمه . ( ثانيا ) وأن مهمة القاضي فيه تخرج عن مهمته المألوفة ، فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاور ذلك إلى تعديله (١) .

## المبحث الثاني

### ما يلزم العاقدين بالعقد في الفقه الإسلامي

نتائج النظام هذا الموضوع :

لما كانت أحكام هذا الموضوع في الفقه الإسلامي متناثرة في جهات متفرقة ، حتى لم شتاها تتبع نفس الترتيب الذي توجبها في عرص الفقه الغربي .

فشكل إدب في مسألتين . ( ١ ) تفسير العقد وتحديد نطاقه في الفقه الإسلامي (٢) . إرام المتعاهد تنفيذ ما شمل عبء العقد في الفقه الإسلامي .

انفس الانطالى فهو نفسى يفسح العقد فصلحه المدس المرفق ، ولكن جعل اللسان أن يدرك طلب الفسخ من بعض بعدلا لسروط انعقد بها سبق مع العدائه .

ويلاحظ في حدس انفاض الالتزام المرفق ورياده الالتزام العائس ، أن انفاض لا يرد الالتزام إلى انعقد المعقود إلا بالنسبة إلى الحاضر . أما في المستقبل فقد يؤول الحادث انطاريه ، فيرجع انعقد إلى ما كان عليه قبل التعديل .

( ) وقد أورد المدس بن المدس (المدري أنى حادس النص انعام بصوصا اخرى هي يطبق للنظرية في حالات خاصة ، كما فعل في نظره المسره ( ٢/٢١٦ مدي ) ، وفي حوار بعض اخر الوكيل ( م ٢/٧٠٩ مدي ) ، وفي عقد الاختار ( م ٦٠٨ مدي ) ، وفي عقد المتاوله ( م ١/١٥٨ مدي ) ، وفي حق الارتفاق ( م ٢/١٠٢٣ و ١٠٢٩ مدي — ونظر أيضا المادتين ١٠٢٤ — ١٠٢٥ مدي وهذا الحادث الطاريء هو حادث شخصي لا حادث عام ) .

## المطلب الأول

### تفسير العقد وتحديد نطاقه

#### قواعد كلية في الفقه الإسلامي :

يمكن القول إن هناك قواعد لتفسير العقد وتحديد نطاقه في الفقه الإسلامي ، ولكن هذه القواعد لا تجد لها في مكان واحد ، بل هي متناثرة في أبواب الفقه المتفرقة كما قدما . وهذه القواعد لا توجد في صورة قواعد كلية إلا في بعض كتب الفقه التي عرست لتقيد القواعد وتأصيلها ، كالآشباة واسطائر لابن نجيم في الفقه الحنفي ، والآشباة والسطائر للمبيوطي في الفقه الشافعي ، والفروق للقرافي في الفقه المالكي ، والقواعد لابن رجب في الفقه الحنلي .

ولكن بحلة الأحكام الشرعية — وهي تفصيل مدني للفقه الإسلامي في المذهب الحنلي وصعته لجنة من الفقهاء أيام الدولة العثمانية — جمعت هذه القواعد الكلية جميعا في المقدمة ، مستفيدة إياها من كتب القواعد المشار إليها ، ونوحت خاص من الآشباة والسطائر لاسيما في هذا الصدد ، في التقرير الذي قدمته اللجنة لمصدر الأعظم للدولة الحديثة في خصوص اللجنة .

هاتق : « فلدي متبادر هذه اللجنة يحيط عندكم العالي بأن انتقاله إلى اللجنة من المقدمة هي عبارة من القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى . مع ليس حكماء شرح الشريعة أن يحكموا بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد . بقولوا : إلى من صريح ، إلا أن ما فوائده كلية في وسط المسائل . فمن اصبح عليها أمكنه أن يصبط المسائل ردلتها ، وجميع المؤمنين يرجعون إليها في كل خصوص ، وبهم القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف ، أقله على وجه التقريب ، وساء على

ذلك لم تكتب هذه الفوائد تحت عنوان كتاب أو باب ، بل أدرجناها في المقدمة .

والمطلع على نصوص المحبة في خصوص هذه القواعد الكلية يرى أنها حيطت من قواعد موضوعية لاستنباط الأحكام والإثبات وتفسير النصوص ، ويمتاز هذه القواعد جميعاً فوائدها في تفسير العقود وفي تحديد نطاق العقد . ويقتصر بحثها على هذه القواعد الأخيرة ، بوردها كما وردت في المحلة .

### ١٠ - تفسير العقد

المعنى في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالادارة الظاهرة

لادارة الباطنة

فما أن القصة الإسلامية رعه موضوعه ، وأن المعنى فيه بالإدارة الظاهرة لا بالإدارة الباطنة ، وبين ذلك في دسوح عند نصر كلف نفس العقود إذ يجب أن يوقف عند اصعب والعداات لو ارده في عند واستخلاص معانيها الظاهرة . دون الانحراف عن المعنى الذي هو إرادة أخرى محبة أنها هي المعاني التي تشملها الإدارة الباطنة . وبذلك - خاصة لاشارة لها - وهي ظاهرة لا باطنية لا يمكن . وبذلك - خاصة لاشارة لها - هي ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، هي التي يتكون منها العقد .

من أجل ذلك يقف الفقيه عند اصعب وإرادته في العقد ويحللها تحليلاً موضوعياً يستخلص منها المعاني الساتحة ، ويعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين المشتركة . جاء في البدائع والإيجاز والتمويل قد يكون بصيغة الماضي ، وقد يكون بصيغة الحال . أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعث ويقول المشتري اشتريت ، فيتم الركن . لأن هذه لصيغة وإن كانت

للماضي وصفاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ،  
والعرف قاص على الوصف . وكذا إذا قال البائع حذ هذا الشيء بكذا  
أو أعطيتك بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتك بكذا ، وقال المشتري  
قبلت أو أهدت أو رصيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن . لأن  
كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى السمع وهو المبدلة ، ولعمرة للمعنى  
لا للصورة . وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا  
الشيء بكذا ويرى الإيجاب فقول المشتري اشتريت ، أو قال المشتري  
شري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب . أو قال البائع أبيعك منك  
كذا وقال المشتري اشتريه وبوينا الإيجاب . يتم الركن وينعقد . وإنما  
اعتبرنا فيه ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح ، لأنه سلب استعانة  
للاستيفان بما حققه أو محالاً ، فوقع الحاجة إلى التبيين بآية . ولا ينعقد  
بصيغة الاستعانة ، بالاتفاق ، لأن يقول المشتري للبائع أنتع من هذا الشيء  
كذا فقال اشتريت ، لا ينعقد . بل البائع بعد ، (الدائع جرم ٥ ص ١٢٣) .  
ويرى من ذلك كيف أن صيغة التمتع قد تستلحق بما يدل عليه الألفاظ  
الواردة في العقد ، فإن كل معنى أدى يستلحق في عرف وفي الشرع وأصحها  
م يحرم الانحراف عنه إلى غيره . وإن كان المعنى غير واضح ، وجب تبين نية  
المتعاقدين . فصيغة التمتع تستلحق عرفاً وشرعاً ، لذلك لا يحل للبحث  
عن إليه وتقف عند هذه الصيغة لتستلحق إرادة المتعاقدين . أما صيغة التصاريف  
فيقع فيها شك فلا بد من بين التبيين . وصيغة الاستعانة لا يقع فيها شك  
من حيث أم مساومة لا تعاقداً ، فلا تبحث عن النية لها وتقف عند الإرادة  
الظاهرة فلا يكون هناك تعاقداً بصيغة الاستعانة .

وجاء في مجمع الصحائف : ورجل قال للحياطة انظر إلى هذا الثوب ،  
فإن كماني قيصاً فاقطعه وخطه بدرهم ، فقال الحياطة نعم وقطعه ، ثم قال بعد  
ما قطع لا يكفئك ، صم الحياطة قطعة الثوب ، لأنه إنما أدن له بشرط

لكفاية . ولو قال لمخياط اضرب أيكفي فيضاً ، فقال الخياط نعم بكفيك ، فقال رب الثوب اقطعه ، فقطعه فإذا هو لا يكفيه ، لا بصغر الخياط شيئاً ، لأنه أدن له بالقطع مطلقاً . فإن قال الخياط نعم ، فقال صاحب الثوب فاقطعه أو اقطعه إذن ، فقطعه ، كان صامماً إذا كان لا يكفيه ، لأنه علق الإذن بالشرط ، ( مجمع الصمات ص ٤٠ - ٤١ ) . فانظر كيف أن كلمة واحدة هي « إذن » ، « إن حرطاً واحداً هو « الماء » ، يكفي لاستحلاص إرادته المتعاقدة الظاهرة كما تدل عليها الصيغة ، فيعلق الإذن بالشرط أو لا يعلق بها لوجود هذه الكلمة أو لاندماها وحده أيضاً في مجمع الصمات . ورجل طلب من رجل ثوراً غارية ، فقال له النعم أعطيك عدداً ، فقام المستعير في ليله وأحده بعير إذن صاحبه ومات في يده . ص ١٠٠ . وفي فتاوى قاضيخان فيمن استعار من آخر ثوراً غداً فأحابه نعم ، فقام المستعير عدداً ولم يجد صاحب الثور فأحده الثور من بيته واستعمله فمعت ، لا يكون صامماً . وتفرق بينهما من المسألة السابقة أن المستعير هنا أحد ثور من بيته غداً وكل صاحب ثور أحابه نعم . وثمة قول صاحب الثور أعطيك غداً فهو وعد له بالإعطاء وما أعاره ، ( مجمع الصمات ص ٢٨ ) (١) .

(١) وحاشا في الدائع : « لا يجوز بيع ما ليس عند المائع . » ويجوز انشاء سهم ليس عند المشتري . وعلى هذا يخرج ما إذا قال اشترى منك هذه الحطة بدينار أو دينار إلى شهر ، أو قال اشترى منك درهمين أو دينار إلى شهر بهذه الحطة أنه يجوز ، لمسا ذكرنا أن اندراهم واندرايس انما على كل حال ، فكان ما يعاطها مسما فكون مسما سهم ليس عنده ، وأنه جائز . . . وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعك منك هذا المذ بكذا كره حطة ووصفها أنه يجوز ، لأنه جعل الحطة الموصوفة تمنا حسباً أدخل فيها حرف ابتداء ، فكون الآخر ميباً ، فكان هذا بيع المذ بحطة موصوفة في الذمة فيجوز . ولو قال اشترى منك كذا كره حطة ووصفها بهذا المذ لا يجوز إلا بطريق السلم ، لأنه حمل العد بما يدلالة حرف ابتداء ، فكانت الحطة مبيعة فكان ما لم يسم عنه ، فلا يجوز إلا بترايط السلم من الاجل وسال مكان الإعفاء وفيه رأس المال ويحوز ذلك » ( الدائع جزء ٥ ص ٢٢٥ ) .

وحاشا في شرح سليم باز على المجلة : « وكذا لو قال له اليس للمذنى عندك الملح الذي يذعه ، فأجابه بلى ، يكون إقراراً . وإن أجاب نعم ، لا يكون إقراراً . لأن جواب الاستعظام في البلى بلى إثبات وسعم يعني ، فكانه قال ليس عندى . وقيل إن أجاب بسعم يكون إقراراً أيضاً ، لأن الإقرار بحمل على العرف ، لا على دفتى العربية . » ( شرح سليم باز عمداً المجلة ص ٢٦ ) .

ويظهر من كل ذلك أن العبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة ، كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان وفي هذا استقرار لسامع ، بتحقيق الثقة لمشروعه التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر ، عندما اطمأن إلى ما يمكن استخلاصه في عباراته من معان سائغة . أما في الفقه العربي ، وبخاصة في الفقه اللاتيني ، فالعبرة بالإرادة الباطنة . أما العبرة فهي دليل على الإرادة ، ولكنه دليل يقلل إثبات العكس . فإذا كان هناك خلاف بين الإرادة والعبارة فالعبرة بالإرادة دون العبارة . وهذا بخلاف الفقه الإسلامي ، وكذلك الفقه الحراني إلى مدى يقرب من الفقه الإسلامي ، ولغضاره هي التي تعتد بها ومساوئها تستخلص الإرادة .

### قواعد في الفقه الإسلامي توهم أن العبرة بالإرادة الباطنة .

على أن هناك في الفقه الإسلامي قواعد كلية توهم أن العبرة بمقصود المتعاقدين ، أي به المتعاقدين ويرد ذنبها للباطنة . من ذلك ما جاء في المادة الثانية من المحم من أن الأمور بمقاصدها ، يعني أن الحد الذي يقترب على أمر يكون على مقصده ما هو المقصود بالأمر . ويقول الأستاذ سليم بار في شرح هـ - نص . ويعبر من هذه القاعدة قاعدة أفعال البليات . أي أن الأحكام الشرعية التي تقترب على أفعال المكلفين موزونة بمقاصدهم من تلك الأفعال . فهو أن تعامل المكلف بقصد ما فعله أي فعله أمراً ما إذا كان فعله مباحاً ، وإلا فببطلان أمره ما كان فعله محرماً . . . وسخرج عليها فروج كثيرة منها : لو وجد شئ في الطريق ، فأخذ به رده إلى صاحبه ، كان أمانة في يده . ولا يصح لو حدث ذلك شيء في يده بدون صبح أو تقصير منه . وأما لو أخذ بقصد أن ينحده نفسه كان غاصباً ، فهو ذلك في يده ولو بدون صناعه وتقصيره بضمن . . . ومما لو أفرح طير أو ناص في أرض رجل أو سكر فيها طير . فهو لمن سقطت يده إليه ، فلا أن يكون صاحب الأرض قد هبها لذلك . ومما لو نصب الصياد شبكة فعلق بها صيد ،



من كان قد نصبها للجفاف والصيد لمن سبقت يده إليه ، وإن كان قد نصبها  
للمصيد فهو لصاحبها وإن أخذها غيره كان غاصبا ، (شرح سليم باز على المحلة  
ص ١٧ — ص ١٨) .

ومن ذلك أيضا ما جاء بالمادة الثالثة من المحلة من أن العبرة في العقود  
بمقاصد والمعاني ، لا بالألفاظ والمباني ، ولذا يجري حكم الزهني في بيع  
معه ، ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص : « أي أن العقود  
نسبة على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ ، كالبيع والإجارة والحوالة ،  
غير فيها المقاصد والمعاني ، ولا تبرة للألفاظ . وطأ أخرى حكم الزهني في  
بيع باوفاه وإن كان معقداً بلفظ البيع ، لأنه لم يقصد به عبث المبيع  
بشترى بل تأمسه على دينه . . . ونما يفرع على هذه القاعدة ما لو قال وهبك  
هذه الدار شئت كما كان بيعاً بالإجماع ، بد العبرة بمعاني الألفاظ . .  
ومنه أن الكفالة لمشروط فيها براءة دمة المديون حوالة ، والحوالة بشرط  
عدم براءة دمة المدين كفاية . . والهيبة بشرط "عوض بيع فجرى فيها  
شبهة . . والإجارة لمدة معلومة بأجر معلوم إجارة . . والوصاية حل حياه  
موص وكافة ، وبوكيله بد موته وصاية ، (شرح سليم باز على المجع ص ١٩) .

### ولكن الصحيح هو أنه العبرة بالادارة الظاهرة :

وإذا صح ما قدمناه من أنه يعتد بالمقاصد والمعاني ، فإن هذا عند إمعان  
النظر لا يعنى أنه يعتد بالإرادة الباطنة . فالمقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذه  
أنى تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية  
وعلامات مادية ، فلا يجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي يستشف به  
الصميم ونستكشف حقايا الألفاظ . فمن أفرح في أرضه طير أو ناص  
أو تكسرفها طلي نعرف نيته من علامة مادية ظاهرة هي تهيئة أرضه لمصيد ،  
فإذا كان قد هياها لذلك كان الصيد له . كذلك إذا نصب الصياد شبكته

فتعلق بها صيد ، وقفنا أيضا عند علامة مادية ، فإن كان قد نصها لصيد كان له ، أو لحفاف الصيد لمن سبقت يده . وبيع الوفاء رهس لأن العرف قد جرى بأن هذا لضرب من التعامل لا يقصد به عليك المبيع لبشئى من ثمينه على دينه ، فمن باع ماله بيع وفاء فهو برهه ، هذه هي إرادته لظاهرة معتد بها أيا كانت إرادته الباطنة . ومن وهب دارا في مقابل ثوب بإرادته لظاهرة تنجبه سبيع لالته . والدليل المادى على ذلك أنه خرج عن ملكه بمقابل . والكفالة لا تبرىء دمة المدين فيما برتها لحوالة ، فبراءة المدين دليل مادى على أن الكفالة حوالة ، وعدم إبرائها دليل مادى آخر على أن الحوالة كفالة . وفن مثل ذلك فى سائر الآمنة اتى سبق إرادتها .

بدعم هذا الذى قدمناه قواعد كلية ثلاث هي أيضا قد وردت فى المحله .

فمنص المادة ١٢ من المحلة على أن الأصل فى الكلام الحقيقة . فلا يحكم حمل اللفظ على المحر إذا أمكن حمل على المعنى الحقيقى . فلو أمضى لولد ، لم يدخل ولد ولده إن كان له ولد أصله ، فإن لم يكن له ولد أصله استحق ولد الابن ( الأشباه والظائر ص ١٣٦ ) .

وتنص المادة ١٣ من المحله على أنه ، لاعتبرة للدلالة فى مقامه الصريح . ، فإذا تعارض المصهور صراحة مع المفهوم صما ، قدم الأول على الثانى ، لأن الدلالة المادية فى الصريح أبلغ . مثل ذلك أن يثبت شخص شذ لأخر ، فقبض المذروب فى المجلس لهبة ولو بعير إذن الواهب صحيح ، لأن يثبت الواهب فى مجلس الهبة إذن صمى ، ولم ينهى الواهب الموصوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه ، لأن انتهى الصريح يقدم على الإذن الضمنى .

وتنص المادة ٦٨ من المحلة على أن دليل الشئ فى الأمور اناصرة يقوم مقامه ، يعنى أنه يحكم بالظاهر فيما يتعدر الاطلاع عليه ، فاستعمال الآلة المفرقة للأجرام دليل على نية القتل . ويقول الأستاذ سليم بار فى هذا الصدد :

لقد ورد في شرح المادة الثابتة أنه إذا تناول المنتقط النقطة بنية ورضا لصاحبها ، فلا يصح لوضاع مه بدون تقصير . ولما كانت البنية من الأمور لاطنة والاطلاع عليها متعذر ، ويستدل عليها بعض الدلائل الطاهرة كإعلان المنتقط أنه وجد لقطة ( شرح سليم دار على المحنة ص ٤٨ ) .

وخلص بما وسماه أن أهم قاعدة في تفسير العهد في لفقه الإسلامى هي أن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح ، ولا يجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسيرية المتعاقدين . وفي هذا تنفرد لفقه الإسلامى مع لفقه العربى . غير أن الفقه الإسلامى ، على خلاف الفقه اللاتى ، يعطى عند الإرداة ظاهرة دون الإرداة الباطنة ، فإما قصص الأمر نفسه بين المتعاقدين ، فالمصدر الأول لهذا التفسير هو العبارات والتصريح التى استعملها المتعاقدان فى التعاقد . والأصل فى هذه العبارات الحقيقة ، ولا يضاف إلى عبارات الإرداة تعدل أعمال الحقيقة . وكذلك إذا تعارضت الدلالة مع التصريح ، يعتبر التصريح ولا عبرة بالدلالة . إذ حتى الأمر حكم بالظاهر ، فهو دليله فى الأمور الباطنة ويقوم منه .

[illegible]

## قواعد كلية أخرى في تفسير العقد الإسلامي :

وإلى جانب القاعدة الجوهرية السالمة الذكر في تفسير العقد ، توجد في الفقه الإسلامي قواعد كلية أخرى هي ثمرة المنطق لهاوتن السليم ، وهي قواعد لا تختلف عن بظاؤها كما قدماء في الفقه العربي . ونورد بعضا منها على سبيل المثال ، بأقليل إياها عن المحنة وكتب القواعد المشار إليها :

١ - إذا تعارض مانع ومقتضى ، يقدم المانع (م ٤٦ محبة) . فإذا مانع شخص ذرا من آخر ، واشترط أن يكون له ربعها طول حياته ، فمقتضى ملك المشتري للدار جوار الصرف فيها ، وسكن تعارض مع هذا المقتضى مانع هو اشتراط البيع للمانع ، فحجج حتى يسقط البيع للمانع أن يفسر العقد على أن يمنع المشتري من التصرف في الدار طول حياة المانع ، وذلك لانه رضى مانع من التصرف مع المقتضى له وتقديم المانع . وجاء في الأشباه والنظائر لاسيما في هذا الموضع ، وقد رجح المانع على المقتضى في مسألة سفل الحرج وعو الآخر ، من كلاهما مخرج عن التصرف في ملكه لحق الآخر ، فملكه منقول له ، وبعض حتى الآخر به مانع ، وكذا نص في إمام وأبو جبر في الموهون والملك المؤجرة مع حق الميراث والمستأجر . وإنما قدم الحق هنا على الملك لأنه لا ينفوت به إلا مبيعة ، شاحجر . وفي تقديم الملك تعويت على الآخر ، ( الأشباه والنظائر لاسيما في ص ٦٠ ) .

أخبره عقد أصبح فعلى يملك مئمة عدة ابدار سبها ، فالأصح لا ينفذ نظرا إلى اللفظ ، وليس ينفذ نظرا إلى المعنى . ومنها إذا قال فارصيف على أن كن اتوبج لك ، فالأصح أنه افراف فاسد رعبه ينطق ، وانفس افراف صحيح رعبه لنفس . وكذا لو قال أن كنه لي ، فهل هو افراف فاسد واضاع ، الأصح الأول . وكذا لو قال انصفت على أن نصف الربح لي ، فهل هو ابضاع أو افراف ، فيه الوجهان . . . ومنها إذا وقف على قبيلة غير مضمرة كس بهم مثلا أو صلهم ، فالأصح انصحه انصارا بالمعنى ويكون المقصود انجبه لا الانبياء كنفراء والمساكين ، والباقي لا يصح انصارا فانلفظ فيه بملك لمجهون . . . ومنها أنه مافع الدار هل يصح ويكون انارة نظرا إلى المعنى أولا ؟ وجهان حكاهما الراعى في أنه من غير ترجيح ، ورجح القسبي أنه بملك مافع الدار وأنه لا يلزم إلا ما استهلك من المافع . ( الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١١ - ص ١١٢ ) .

٢ - إعمال الكلام خير من إهماله ( ٦٠ م مجلة ) . فلا يهمل الكلام ما أمكن عمله على معنى ، ومن ثم لو وقف ماله على أولاده ، وليس له إلا أولاد الأولاد ، حمل المعنى عليهم صواباً لمقط عن الإعمال . ويترتب على هذه لقاعده قاعدة أخرى ، هي أنه إذا عذرت الحقيقة بصر إلى انحاز ( م ٦١ مجلة ) . فإذا كان الكلام لا يمكن إعماله حقيقة ، وأمكن إعماله مجازاً ، فإعماله بالانفصال من الحقيقة إلى المجاز خير من إهماله تماماً حقيقة ومجازاً . فإذا أقر من لا وارث له المرحوم أحسن عنه وأكبر منه سناً بأنه ابنه ووارثه ، بحيث لا يمكن حمل كلامه على معناه الحقيقي بصر إلى المجاز ، وهو معنى الوصية . فيعتبر الأجبي موصى له لا وارثاً . جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم في هذا الصدد . وإعمال الكلام خير من إهماله متى أمكن . . . ولذا اتفق أصحابنا في الأصول على أن الحقيقة إذا كانت متعبرة به بصر إلى المجاز . لو وقف على مواليه وليس له موال وإعماله موالى موال ، استحقوا . . يدخل في هذه القاعدة قولهم التأسيس خير من التأكيد ، فإذا دار بمقط بينهما تعين المحل على التأسيس . ولد قال أصحابنا لو قال لزوجته أنت حائض طالق طالق طلعت ثلاثاً ، فإن قال أردت به التأكيد صدق ديانة لا فضاء . . وفي الثوارى رجل قال لأخيه والله لا أكله يوماً والله لا أكله شهراً والله لا أكله سنة . إن كلبه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلبه بعد العدة فعليه إيمان ، وإن كلبه بعد شهر فعليه إيمان واحدة ، وإن كلبه بعد سنة فلا شيء عليه ، ( الأشباه والنظائر لاس نجيم ص ٦٨ و ص ٦٩ و ص ٧٦ و ص ٧٧ ) .

٣ - إذا تعدل إعمال الكلام يهمل ( ٦٢ م مجلة ) . وهذه لقاعدة تمتد إليها قسماً ، فإذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أمكن . وينفرع على ذلك أنه إذا أقر لزوجته التي هي من نسب آخر وأكبر منه سناً بأنها ابنته ، فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقي لأنها أكبر إمامه سناً ومن نسب آخر ، ولا على معنى مجازي أي من الوصية لكونها وارثاً له والوصية لوارث لا تنفع ، ولذلك يهمل كلامه ولا يعتبر .

٤ — ذكر بعض ما لا يتجرأ كذكر كله (م ٦٣ مجلة) . فلو أسقط  
ولى لقتيل نصف القصاص سقط كله ، لأن القصاص لا يتجرأ . ولو ترك  
الشفيع شفعته نصف الدار وطلب النصف الآخر . بطلت شفعته في كل  
الدار ، لأن حق الشفعة لا يتجرأ . أما ذكر بعض ما يتجرأ فليس كذكر كله .  
فلو كفر له نصف دينه فلا يعد كفيلاً بالكل بل بالنصف ، ولو أبرأ مدينه  
من نصف الدين برىء من هذا النصف فقط ، ولو قتل رجلان رجلاً فمضى  
الولى عن أحدهما كان له أن يقس الآخر ، ولو قتل رجل رجلين فعني ولى أحد  
المقتولين فلولى الآخر أن يقتله .

٥ — المطلق يجري على إطلاقه ، ما لم يقم دليل التقييد بخاصة أو دلالة  
(م ٦٤ مجلة) . فإذا وكل شخص آخر في بيع داره ناشئ اندى يراه الوكيل  
مناسباً ، كان للوكيل أن يبيعه ناشئ اندى يراه . لأن الوكالة في البيع مطلقة .  
أما إذا عين الموكل مبيعاً ، لم يحرم للوكيل أن يبيع ضمن أقل من هذا المبلغ ، لأن  
دليل لصيد قام بخاصة لا يجوز مخالفته . وإذا وكل شخص آخر في شراء دار ،  
كان للوكيل أن يشتريها ضمن المثل أو ضمن يسير ، لأن عين العايش لأن وكالته  
مقبدة دلالة بعدم التجاؤ إلى عين العايش ، ولو اشتراها ضمن عايش وقع  
الشراء له .

٦ — الوصف في الحاضر لمع وفي العتب معتبر (م ٦٥ مجلة) . فلو أراد  
البائع بيع فرس أشبه حاضر في المجلس ، وقال في ربحابه عت هذا الفرس  
الأدهم وأشار إليه ، وقبل المشتري ، صح البيع ، ولفنا وصفه الأدهم لأن  
الوصف في الحاضر لمع . ولو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشبه والحال أنه  
أدهم ، لا ينفذ البيع ، لأن الوصف في العتب معتبر .

٧ — السؤال معاد في الجواب (م ٦٦ مجلة) . يعنى أن ما قيل في السؤال  
المصدق فكان المحيىب المصدق قد أقر به . جاء في شرح المجلة للأستاذ مسلم  
بار . ومثلاً لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاً إن المدعى يدعى عليك ألف دينار

من جهة كذا فإذا تجيب؟ فأجاب نعم، فيكون قد أقر بالآلاف... وفيه  
لو قال أعطى ثوب عبدي هذا، أو افتح لي باب داري هذا، أو حصص لي  
داري هذه، أو أسرح دابتي هذه أو أعطى سرجها أو لجامها، فقال نعم،  
كان إقراراً منه بالعبد والدار والدابة، (شرح المحلة للأستاذ سليم بار  
ص ٤٦). وجاء في الأشباه والاعتبار للسيوطي في هذا الصدد: «السؤال معاد  
في الجواب. ولو قيل له عني وجه الاستحار أظننت روحك وقال نعم،  
كان إقراراً بؤ- به في الطاهر ولو كان كادماً. ولو قيل له عني وجه التماس  
الإشياء، فاقصر عني قوله نعم، فتقولان. أحدهما أنه كناية لا يقع إلا بالنية،  
والإني وهو الأصح صريح لأن السؤال معاد في الجواب فكأنه قال طلقها.  
وحيث لا قدح في كونه صريحاً حصصهم ألفاظ الصريح في الطلاق والعراق  
واسراح. وهو قالت أم أم، فقال انتك ونوى الروح الطلاق دونها،  
فوجهان. أحدهما لا يقع لطلاق، لأن كلامه جواب عني سؤالها فكان  
سؤال معاداً في الجواب، وهي لا يبرحدها بقول مدم بية العراق، وإنما  
هو رص، وهو ص. وهذا ما صححه الإمام. والثاني أنه يقع جمعياً، وبحمل ذلك  
على انتهاء خطاب منه لأنه مستقل بنفسه، ورجحه العوي، (الأشباه  
والنظائر للسيوطي ص ٩٧).

٨ - حكم إزاء حكم الأصل. جاء في القواعد لا يبرح في هذا الصدد  
«لأنواع اثني عقود موضوعات لغير تملك العين، فلا يملك بها التملك بغير  
شك، رد الأصل لا يملك بالفرع أولى. ولكن هل يكون التملك تابعاً لأصله في  
ورود العقد عليه، وفي كونه مضموناً أم غير مضمون، فإن كان العقد وارداً  
عني لعين وهو لازم حكم التملك حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازماً لكنه  
مفقود على المصلحة من غير تأييد أو عني ما في الدمة فلا يكون انتهاء داخل في  
العقد، وهل يكون تابعاً للأصل في الضمان وعدمه، فيه وجهان. أحدهما أنه  
تابع له فيهما. والثاني إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان  
أو الائتمان تبعه وإلا فلا. ويندرج تحت ذلك صور. منها المرهون، فبناؤه

المفصل كله رهن معه ، سواء كان متوالداً من عيه كائنة والولد أو من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالأرض ، وهو داخل معه في عقد الرهن فملك الوكيل في بيع الرهن بعه معه وإن كان حادثاً بعد العقد والتوكيل . ومنها الأجير كالراعي وغيره ، فيكون انشاء في يده أمانة كأصله . . ومنها المستأجر ، يكون انشاء في يده أمانة كأصله ، وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد . . ومنها المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القاض ، قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله ، إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا ، ( لقواعد لابن رجب ص ١٦٦ — ص ١٦٧ ) .

٩ — الأصل اعتبار العالب وتقديمه على الدار . جاء في الفروق للقرافي في هذا الصدد . . أعلم أن الأصل اعتبار العالب وتقديمه على الدار ، وهو شأن الشريعة . كما يقدم العالب في طهارة المياه ، وعقود المسليين ، ويفصر في السفر ويفطر بساء على غالب الحال وهو المشقة . ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن العالب منهم الخيف ، وهو كثير في لشريعة لا يحصى كثرة . . ( الفروق للقرافي جزء ٤ ص ١٤ ) .

١٠ — الخراج بالضمان . جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي . الخراج الضمان هو حديث صحيح أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو حبان من حديث عائشة . وفي بعض طرقه ذكر السبب ، وهو أن رجلاً أبايع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً خاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه . فقال الرجل يا رسول الله قد استعملت عبداً ، فقال الخراج بالضمان . قال أبو عبيدة الخراج في هذا الحديث علة يشترطه الرجل ، فيستعمله مديناً ، ثم يعثر منه على عيب دسه الناع ، ويرده ويأخذ جميع الثمن . ويقور بعلته كلها ، لأنه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله انتهى . وكذا قال الفقهاء معناه ما خرج من الشيء من غنة ومفعة وعين فهو للبشترى عوضاً ما كان عليه من ضمان المالك . فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه ، فالعلة في مقابلة العزم . وقد ذكرناها سؤالين أحدهما لو كان الخراج



في مقابلة الضمان لكات الروائد قل القبض للبائع ثم العقد لو انفسح لكونه من صمائه ولا قاتل به ، وأجيب بأن الخراج معطل قبل القبض بالملك وبعده به وبالضمان معا ، واقتصر في الحديث على العليل بالضمان لانه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج لم يشترى . الثاني لو كانت العلة الضمان لزم أن يكون الروائد للعاصب لأن صمائه أشد من ضمان غيره وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله إن العاصب لا يصح مدفع المعصوب ، وأجيب أنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك في ضمان الملك وحمل الخراج لمن هو مالكه إذا تلف على ماله وهو المشتري والعاصب لا يملك المعصوب ، ( الأشباه والنظائر لسيوطي ص ٩٣ - ص ٩٤ )<sup>١١</sup> .

### ب- بفسر الشك في مصلحة المدين في الفقه الدرهمي :

وقد أورد التقنين المدني العراقي قاعدة جوهرية في تفسير العقد ، فنصر في المادة ١٦٦ منه على أنه : « يفسر الشك في مصلحة المدين » . وهذا النص وإن كان مأخوذاً من الفقه العربي على ما رأينا ، إلا أنه يتفق كل الاتفاق مع قواعد تفسير العهد في الفقه الإسلامي .

فهناك قواعد كلية ثلاث أوردتها ابن نجيم في الأشباه والنظائر ، تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ . ( القاعدة الأولى ) هي أن اليقين لا يزور بالشك .

١١) وقد نقل القسبي المدني العراقي عن الفقه الإسلامي أكثر هذه القواعد في تفسير العقد على الوجه الآتي

م ١٥٥ ١ - العود في العقود للمقاصد والمقاصد ، لا للتلفاظ والمقاصد . ٢ - على أن الأصل في الكلام الجمعة ، أما إذا ظهرت الجمعة فصار إلى المخاز .

م ١٥٧ ٣ - لا عود بدلالة في مقابلة الصريح .

م ١٥٨ ٤ - إيمان الكلام أوسع من إيمانه ، لكن إذا ظهر احتمال الكلام بهطل .

م ١٥٩ ٥ - ذكر بعض ما لا يحترز كذكر كله .

٦ - المطلق يحترق على اختلافه إذا لم يتم دليل انقضاء نص أو دلالة .

٧ - الوصف في الظاهر لقوة ، وفي الغائب مغبير .

م ١٦٢ ٨ - السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق .

فإذا كان هناك شك في مدى وثقة المدين ، فاليقين أنه برىء الدمة ، ولا يرال هذا اليقين بالشك . ( والقاعدة الدنية ) أن الأصل بقاء ما كان على ما كان . وبراءة الدمة تسوق المديونية . فتبقى براءة الدمة قائمة على ما كانت ، ولا تزول . لا بمديونية قامت على يمين . ويقول ابن نجيم في هذا الصدد : « ومن فروع ذلك ما لو كان لزيد على عمرو ألف مثلاً ، فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء ، ( لأشياء وانظار لابن نجيم ص ٢٨ - ص ٢٩ ) . ( والقاعدة الثالثة ) أن الأصل براءة الدمة . فيمرص فيمن يدعى عليه بالنس أنه برىء الدمة ، حتى يقر من يدعى اليدين الدال القاطع على أن له ديناً في دمه ، وإذا كان هناك شك في مدى وثقة المدين استصححت براءة دمه . وهو لشك في مصداقته . ويقول ابن نجيم في هذا الصدد : « الأصل براءة الدمة ، وإذا لم يقن في شغلها شاهد واحد ، ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته لأصل ، وأبينة على المدعى لدعواه ما حالف لأصل . وإذا احتجما في قيمة المنتصف بالعضوب ، فالقول قول اعماره لأن الأصل ابراء عمارة . ولو أمر بشيء أو حتى قبل مسيره بما له من قسمة ، فالقول لمقر مع يمينه . قاعدة : من شك هل فعل شيئاً أم لا ، فالأصل أنه يفعل . ويدخل فيه قاعدة أخرى : من تيقن لعمى وشك في القتل والكثير ، حمل على القتل لأنه المتيقن ، إلا أن تشتما دمة بالأصل فلا يبرأ إلا باليقين . وهذا الاستثناء ( ارجع إلى قاعدة ثالثة . هي ما نشت يقين لا يرفع إلا بعين ، ( الأشياء وانظار لابن نجيم ص ٢٩ ) . ويخلص لنا فضاء أن قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي قريبة من قواعد التفسير في الفقه العربي ، وأن الفرق الجوهرى بين الفقه الإسلامى والفقه اللاتى هو أن العبرة في الفقه الإسلامى بالإرادة الطاهرة ومثله في ذلك لفقه الجرماني ، وفي الفقه اللاتى العبرة بالإرادة الباطنة .

## ٢٥ — تحديد نطاق العقد

العوامل التي يستلزم بها في تحديد نطاق العقد :

في الفقه الإسلامي ، كما هو الأمر في الفقه العربي على ما رأينا ، يسترشد في تحديد نطاق العقد : ( ١ ) بالعرف والعادة ( ٢ ) بطبيعة الالتزام ، فيتبع الدين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات .

## العرف والعادة :

ورد في المحنة كثير من القواعد الكلية . م الأحد بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد . ذكر منها : م ١٤ الآية .

١ - العدة بحكمة ( م ٣٦ محنة ) . ووجه في الأشباه والنسب لابن محيم .  
 ٢ - القعدة السادسة العدة بحكمة . وأصله قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حساً فهو عند الله حسن ، قال "علاق" أحدهم فوجعا في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا سند ضعيف مد طر لحدث وكثرة انكشف والبول ، وإما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفاً عليه أخرجني أحمد في مسنده . واعلم أن اعتبار لعادة والعرف يرجع إليه في نفعه في مسائل كثيرة . . . إنما نعت "لعادة" ضردت أو غلبت ، ولذا قالوا في بيع لوماع بديارهم أو دماير وكما في بلد اختلف فيه الفرد مع الاختلاف في المالية والزواج انصرف البيع إلى "الأعب" ، قال في الهداية لأنه هو المتعارف فيصرف المطلق إليه . ومنه ومانع الحجر في السوق شيئاً شمس . ولم يصرحا بحلول ولا ناجين ، وكان المتعارف فيما سبه أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معيوماً ، انصرف إليه بلا بيان . قالوا الآن المعروف كالمشروط . .  
 ومنها في استخراج لكانت قالوا الخبر عليه والأقلام والخطاط قالوا الخطط ولا ليرة عليه عملاً بالعرف ، ويبغى أن يكون الكحن عني الكحل للعرف ،

ومن هذا القبيل طعام العبد فإنه على المستأجر ، بخلاف علف لاداة فإنه على المؤجر حتى لو شرط على المستأجر قدمت كفاي البرارية ، بخلاف استئجار الطائر بطعاما وكسوتها فإنه جائز وإن كان مجهولا للعرف ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦ — ص ٤٧ ) . وجاء في شرح المحجة للاستاد سيد : « إعادة المتعارفة في سائر البلاد تسمى العرف العام ، والمتعارفة فقط عند قوم أو في بلدة يطلق عليها اسم العرف الخاص ، واحكم العام شئت بالعرف العام وبه يتخصص نص ، فيع لمعدوم باطل وهذا حكم شرعي ثابت بالنص ، ولكن بناء على نعام الناس في كل البلاد حيزوا الاستصحاب والإجادة على خلاف لقياس ، فلا يعمل بالنص ، لا فيما سوى ذلك وأمثاله . أما العرف الخاص فلا يثبت به إلا حكم خاص ، مثلاً : في إعادة ١٨٨ من أجله أن البيع بشرط متعارف في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر ، حتى لو باع فرو شرط أن يحيط به الظهارة صح البيع ووجب على المانع الوفاء بالشرط ، ولكن لو حرق البيع به الشرط في بلدة غير متعارف فيها البيع ، ذلك الشرط كان الشرط معسداً والبيع فاسداً ، ( شرح المحجة للاستاد ص ١٣٥ ) .

٢ — استعمال الناس حجة بحسب العمل بها ( ٣٧ محلة ) ، فهو استعد برجل في سوق لبيع متاعه ، وصاله الرجل بعد لبيع جرته ، نصر إلى عدم أهل السوق . . فإن جرت العادة بأن من يعمل مثل هذا العمل يؤجر فله أجر مثله ، وإلا فليس له أجر . وبصح وقف لمقول إذا كان متعارفا عليه . كوقف الكتب والنقود .

٣ — الممتنع عادة كالممتنع حقيقة ( ٣٨ محلة ) . ووادي رجل معروف بالفقر بمبالغ كبيرة على آخر قال إنه أقر صها إياه ، حل كون المدعي ميراث ولم يصب مالا بوجه آخر ، فلا تسمع دعواه لأنها مما يتمتع عادة فهي كالممتنع حقيقة .

٤ — الحقيقة بترك دلالة إعادة ( ٤٠ محلة ) . فانقيه لا يطلق عند

الفقهاء إلا على المجتهد ، ولكن لو وقف رجل ماله أو أوصى به للفقهاء ، دخل فيه المقلد لأن لفظ الفقيه يطلق عليه عرفاً ، فيصرف كلام الواقف أو الموصي من ما هو المعروف في منه ( شرح المحم للأستاذ سليم بار ص ٣٦ ) . وجاء في الأشباه والبطائر لابن محم : « الحقيقة نترك بدلالة العادة ، إذ ليست العادة إلا عرفاً عملياً . حلف لا يأكل حراماً ، حيث يأكل الكبد والكرش على ما في الدين مع أنه لا يسمى حراماً عرفاً . وإذا قل في المحبط أنه إنما يحث على عادة أهل الكوفة . وأما في عرفاً فلا يحث لأنه لا يعد حراماً ، انتهى وهو حسن جداً . ومن هذا وأمثاله عد أن العجمي يعتبر عرفه قطعاً ، ومن هنا دل على معنى قول صاحب الكفر والواقف على السطح داخل إن اختار ألا يحث في الحرف لأنه لا يسمى داخلًا عنده ، ( الأشباه والبطائر لابن نجيم ص ١١٩ ) .

هـ — إنما يعتبر العدد إذا اضطرت أو علب ( ١١٠ محلة ) . جاء في الأشباه والبطائر : « وصح . وما بعد العادة إذا اضطرت . فإن اضطرت ولا يزال ما صحت فيه في اعتداده خراف . قال الإمام في باب الأصوات : « إن ما يشبه ما يصح في طرف العدد فيه أحكام ومصرعه كالذكر صريحاً . ومنه ما صحت فيه بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثال خلاف أهله . وفي ذلك فروع : منها ما هو شيئاً وأصله ، دل على لقد صحت . وفيما اضطرت لعدم في الملة وجب اليان وإلا بطل البيع . ومنها علت المعاملة بحسن من المروءة أو نوع منه ، انصرف إلى إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد . ومنها استأجر للحياطة والسمك والكحل ، فالخط والحر والكحل على من ؟ خلاف ، صحح لراعي في الشرح الرجوع فيه إلى العادة ، فإن اضطرت وجب اليان وإلا فبطل الإجارة . ومنها البطالة في المدارس ، سأل عنها ابن الصلاح فأجاب بأن ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق حيث لا يصح فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال

في المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلها يجمع لأنه ليس فيها عرف مستمر ولا وجود لها قطعاً في أكثر المدارس والأماكن ، وإذا سبق لها عرف في بعض البلاد واشتهر غير مضطرب فيجري فيها في ذلك البلد الخلاف في أن اعراف الخاص هل ينزل في التأثير مدة العرف العام ، وإظهار تدرجه في أهله تلك المدة انتهى ، ومنها المدارس الموقوفة على تدرس الحديث ولا يعلم مراد الواقف فيها هل يدرس فيها علم الحديث أم لا ، ومعرفته المصطلح كاختصار ابن الصلاح ونحوه ، أو يقرأ متن الحديث كالحجري ومعه ونحوهما ويتكلم على ما في الحديث من فقه وعرب ولغة ومشاكل واختلاف كما هو عرف الناس الآن وهو شرط المدرسة لشيخوته كما رأته في شرعة وفقها ، وقد سأل شيخ الإسلام أبو العباس بن حجر شيخه حافظ آل الحسن العراقي عن ذلك ، فاجاب بأن ظاهر إباحة شروط الواقفين فيها يخففون في الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، وإنهم يلقون بدروس الحديث كالتحصيل في بعض الظروف ، بخلاف المختصين فإن العامة حريصون عليها لأعتد بالجمع بين الأمرين بحسب ما يقرأ فيه من الحديث ، (الاشباه ، لفظاً لمسيو ص ٦٥) .

٦ - العبرة للعاب - نفع لالاعاد (٤٢٠ مخطوطة) قال الأستاذ ميمون بن ترح الخطة : هذه لعبة ، التي فيها عدة عن شروط العامة التي تجعل حكمها يشبه حكم شرعي فمن شرط أن يكون عالة مريدة ، ولهذا قدر الفقهاء من النوع ثمانية أعمام عشرة ، لأنها تسبب إلى بيع الأولاد فيه عالة ، فمن خرج منهم عن هذه فمعه كل دابة لا يعبده ، ولهذا أيضاً قدروا هذه خصامة سبع سنين تصغير وتسبع سنين تصغيره ، لأنهم صرحوا بترك العمل عند أمه حتى يستغن عنها . . . ويترك للصغيرة عند أمها حتى تصير مشتهاة . . . وحيث أن ذلك يتفاوت بالنظر بين الأولاد والزم والمكان ، فقد عيوا مده هي الأصح في العاب . . . لأنه عالة صير الالة مشتهاة وتصغير قادر أعني مفارقة أمه عند سوغها هذين العمرين ، ومن شددن هذه القاعدة كل نادراً لا عبوة له ، لأن العبرة للعاب لئلا يلعاب لئلا يلعاب . ومن شروط

لعادة أيضا أن تكون جارية قبل وقوع الحادثة ، فالعرف الطارىء بعد وقوعها لا عبرة له ، ( شرح المحلة للأستاذ سليم بار ص ٢٧ ) .

٧ - المعروف عرفا كالمشروط شرطا (م ٤٣ محقة) . والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م ٤٤ محقة) . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م ٤٥ محقة) . جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم : « قل في إجازة لطيرية ، والمعروف عرفا كالمشروط شرعا » . وقالوا في الإجازات : « دفع ثوبا إلى حائط يحيطه له أو إلى صباغ يصعده له ، ولم يعب به أحرة ، ثم احتجوا في الآخر وعدمه ، وقد حرت العامة بالعمل بالأحرة ، ومن يبال صابة شرص الأجرة فيه اختلاف : قال الإمام الأعظم لا أحرة له ، وقال أبو يوسف حرمه به إن كان السابح حر مثله أي معاملة له الله الآخر ، وإلا لا ، وفي محمد رحمه الله إن كان "سابع" معروفا به "صعة" ، الآخر وقيام حله بها كان لقول قوله ولا فلا عنه . متظاهر بغيره . وقال أبو يعنى وفتوى حتى قول محمد رحمه الله . ولا خصوصية لسابح . من كل صاع ذهب عشرة معص . أحرة فإن المذات كالاشتراط ، ومن هذا تقبل ربح واحد ودخل الخدم . والآب كما في البرائة . ومن هذا التيسر لعدم الاستئلال كما في المسقط . وبهذا فهو المعروف كالمشروط ، فعلى المنقح به صدرت عذبه كالمشروط صريحا . . . وفي البرائة كالمشروط عرفا كالمشروط شرعا . منها لو جرت عادة لمقتصر بره . أذا لنا افتراض هل يحرم مفرصه بغير العادة بمنزلة شرط . . . . . وحين تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن آخر مضجعا صبح السكر وفيه خاف إحدى المستأجر في استعمالها فذهب ديث و« حرى » اعرف في المصاحح ضمها على المستأجر . فذهبت أن المعروف كالمشروط أصدر كأنه صريح بضمائها عليه . . . . . وما نقر على أن المعروف كالمشروط لو جاز الآب منه جاز أو دونه لها ثم ادعى أنه عارية ولا يذية ، ففيه اختلاف ، وفتوى أنه إن كان العرف مستمر أن الآب يدفع ذلك الجهار ملكا لا عارية لم يقبل

قوله ، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب . . . وفي الملتقط من البيوع .  
أن دخول البردعة والأكاف في بيع أثمار مبيع على العرف ، وفيه أيضاً أن  
حسن الأخير الأحمال إلى داخل لباب مبيع على التعارف . . . رجل دفع غلامه  
إلى حائك مدة معينة ليتعلم النسيج ولم يشترط الآخر على أحد ، فلما علم العمل  
صاحب الأستاذ الآخر من المولى والمولى من الأستاذ . يطر إلى عرف أهل  
تلك البلدة في ذلك العمل ، فإن كان العرف يشهد للأستاذ يحكم بأجر مبيع تعلم  
ذلك لعمل على المولى ، وإن كان يشهد للمولى فأجر مبيع ذلك العمل على  
الأستاذ ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٩ — ص ٥٠ ) . وحده في  
الأشياء والنظر للسيوطي : والعادة المتبعة في ناحية هل ينزل عاداتهم منزلة  
الشرط ؟ فيه صور : منها لو حرت عادة قوم بقطع الخصر من قبل الصبح ، فهل  
ينزل عاداتهم منزلة الشرط حتى يصبح معه من غير شرط الصبح أو جهان أحدهما  
لا وقال لفعال نعم . ومنها لو عم في الناس اعتياد بإباحة الزهر للزهر ، فهل  
ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الزهر ؟ قال انهم لا وقد اتفقوا نعم ، ومنها  
لو حرت عادة المفترض رد أيديها اقتصر ، فهل ينزل منزلة الشرط ويحرم  
إفراجه ؟ وجهان أحدهما لا . ومنها واعتاد بيع بعينة أن يشتري مؤجلاً  
ما كثر مما باعه بعداً ؟ قال بخر . ذلك وجهان أحدهما لا . . . ومنها لو دفع ثوباً  
إلى حياط ليحيطه ولم يذكر أجرة . وجرت عادة العمل بالأجرة ، فهل ينزل  
منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف والأصح في المذهب لا ، واستحسن الرافعي  
مقاله ، ( لأشياء والنظر للسيوطي ص ٦٧ — ٦٨ ) . وحده في شرح المحلة  
للأستاذ سليم ناز : إذا دفع السمسار الثمن للبائع من ماله كان له أن يرجع  
به على المشتري ، لأنه جرت العادة أن السمسار يدفعه من ماله حتى يرجع على  
المشتري ، فصار كما لو أحاله البائع على المشتري ، نعم ، ولو عجز السمسار عن  
أخذ الثمن من المشتري لإفلاسه له أن يسترده من الآخر استحصاناً . .  
لو اشترى شيئاً من السوق ضمن معلوم ، ولم يصرفه بحلول ولا تأجيل ، وكان



للتعارف فيما بينهم أن النافع يأخذ كل جمعة أو كل شهر جميع الثمن أو بعضا  
ممنه ، أنصرف إليه بلا بيان ، لأنه حيث كان متعارفا عند التجار فصار  
كأنهم قد اتفقا عليه . . . فلو استأجر حجرة في دار إجارة مطلقة لم يقيد بها  
ببيع من الأنواع ، كان له أن يسكنها ويصنع فيها أمتعة ، وليس له استعمالها  
في مخالف العادة بأن يشتغل فيها بصناعة الحدادة ويحرقها ، لأن التعيين بالعرف  
كالتعيين بالنص . وكذا ليس الوكيل بالبيع ، ولو كانت وكالته مطلقة ، أن  
يبيع بسننه إن أحل بعيد غير مأوف بين الناس . . . ولو لم ينه الموكل عن  
ذلك ، كما ليس له أن يبيع نصف المال الذي في نبيعصه ضرر ، لأن العرف  
ينهى البيع إلى أجل مأوف كما يقتضى حلوه من ضرر يلحق الموكل كضرر  
شركة في صورة بيع البعض ، ( شرح المحلة الأستاذ سليم دار ص ٢٨ ) .

### طبيعة الالتزام :

وطبيعة الالتزام ، كما قدما ، تقتضى أن يلحق العين ما هو تابع لها وما  
ستترمه تلك لطبيعة من ملحقات . وقد أوردت المحلة قواعد كلية في هذا  
المس ، نذكر منها .

١ - التابع تابع ، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع  
٢ - ( م ٤٧ محلة ) ولتابع لا يفرد بالحكم ( م ٤٨ محلة ) . جاء في الأشباه  
وطائرا لاس نجيم : القاعدة الرابعة التابع تابع . تدخل فيها قواعد الأولى  
٣ - لا يفرد بالحكم . ومن فروعها أحل يدخل في بيع الأم نيعا ولا يفرد  
بالحكم . ومنها الشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعاً  
٤ - لا يفردان بالبيع على الأظهر ، ( لأشياء والطائر لا ير بحكم ص ٦٠ )  
٥ - جاء في شرح المحلة للأستاذ سليم دار : وكذا لما كانت رواتب المراهون  
٦ - معصية تابعة لها في الوجوه . كانت أيضا تابعة لها في الحكم ، فهي من  
٧ - حيث لا يهر والمعصية منه . وإذا بيع التابع بعد لم يتبعه ، فلا يقاؤه

شيء من انشئ . . . هل اشترى فرما حملا وقل قصصها ولدت وهلك . . . ها  
فلا يسقط شيء من انشئ ، ( شرح المحلة للأستاذ حسين بن علي ص ٣٩ ) .

٢ - من مكث شيئا مكث ما هو من ضروراته . . . هل اشترى : ار مكث  
للطريق الموصل إليها ( م ٤٩ محلة ) . قال الأستاذ سليم بن علي في شرح محله  
، وإذا اشترى فعلا دحل فيه مفتاحه ، ولو اشترى بقره لأحل حملا دحل  
رصيعها في البيع وإن . . . يدكر . . . لأنه لو لا ذلك لما أمكن اشترى أن يشفع  
من مشربه ، وكيف يتأتى له دخول الدار والخروج منها إذا . . . يكن له ضرر  
( شرح المحلة للأستاذ حسين بن علي ص ٤٠ ) .

٣ - إذا سقط الأصل سقط الفرع ( م ٥٠ محلة ) . وإذا بطل الشيء  
بطل ما في ضمنه ( م ٥٢ محلة ) . جاء في الاشباه والبطائر لأن يحكم . . . التابع  
بسقط بسقوط المتابع . . . يفتى من ذلك ما قبل بسقوط الفرع إذا سقط  
الأصل . ومن فروعه قوله إذا . . . في الأصل . . . الكمين ، بخلاف الكمين  
وقد ثبت الفرع وإن لم يثبت الأصل . ومن فروعه قوله لو يدعى على  
ألف وأنا ضامن به ، فإنكم عمرو ، به الكمين إذا ادعاهما زيد دون  
الأصيل كما في الحاية . ومما لو ادعى الروح الخلع فإنكرت المرأة ماتت . .  
ثبت المال الذي هو الأصل في الخلع ، ( الاشباه والبطائر لأن يحكم ص ٦١ ) .  
وقال الأستاذ سليم بن علي في شرح محله . . . وإذا فقد أصبح والبيع ، يقال مدوقع  
في ضمنهما من الأقرار والإبراء بين المتعاقدين . . . ولو أحر الموقوف عليه  
أرض الوقف ولم يكن باطرا لم يصح ، ولو أدن المساجر في العمارة فعمر لم  
يرجع على أحد وكان متطلوعا . لأنه لما ظلت الإجارة بطل ما في ضمنها من  
الإذن . ويخرج من هذه القاعدة مسائل : منها لو صاح لشفع عن حق شفيعته  
بمال لم يصح ، ولكن كان صلحه مسقطا لحق شفيعته مع أن المتضمن للأمقاط  
الصلح ولم يطل ما في ضمنه . وكذا لو باع شفيعته بمال لم يصح . ونظير

شتمته فقد ظل المتضمن ولم يضل المتضمن . . (شرح المحلة للأسد سليم  
بار ص ٤١) (١).

## المطلب الثاني

### إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد

الفاهمة العامة والمستمدة منها :

في الفقه الإسلامي . كما في الفقه للعرف . القاعدة العامة هي أن العقد شريعة  
المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه بمقتضى  
فيه ، إلا ما اتفق عليه المتعاقدان . وقد صلا في أثناء فهمنا لا إلى حد تعديل  
العقد فحسب ، بل إلى حد القبول منه كما سعى . ويستثنى كذلك من وجوب  
تنفيذ العقد ما ورد فيه نص من بطلان وفسخ ، وقد درسنا في نظرية البطلان  
متى يفسخ العقد الماسد ، ومتى يصل العقد الموقوف . ومتى يرجع العقد في  
العقد غير الإلزام إذا ثبت له خيار من الخيارات المعروفة .

ولا يجوز للقاضي أن يعدل العقد من غير رضا المتعاقدين جميعا . ومع

(١) وقد نقل بعض المدققين عن الفقه الإسلامي قواعد المتعاقدين بحدود نطاق  
العقد عن طريق التعرف والتعديلات وطبيعة الالتزام في العقود الآتية

م ١/١٥ . ولا يقتصر العقد على إتمام التعاقد كما ورد فيه ، ولكن ساو أيضا ما هو  
من مسلماته وفقا للقانون والتعرف والتعديلات بحسب طبيعة الالتزام .

م ١٥٦ . سرك الحققة بخلافه إعادة .

م ١٦٣ ١ - المدعى عرفا كالتسوية شرط ، وأقصى ما تعرف كالتسوية بالنص ٢ -  
والمعروف في انقضاء كالتسوية بهم ٣ - وأنصح عادة كالتسوية خضعة .

م ١٦٤ ١ - العادة محكمة ، عامة كانت أو خاصة ٢ - واستعمال أساس حجة  
يجب العمل بها .

م ١٦٥ أيضا نصير العادة إذا اطرقت وعند ، والمروءة للعالمات استائع لا يلتزم .  
انظر أيضا المواد ٤٦٩ - ٤٨٠ من مرسوم الخزان .

ذلك يعرف العقد الإسلامي بطريقة في فسخ لعقد للعذر قريبة من نظرية الحوادث الطارئة التي درسناها في العقد العربي (١).

مبحث . ( أولا ) القاعدة العامة وهي وجوب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه - ( ثانيا ) الاستثناء وهو فسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة .

## ١ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

### تقديم المفهوم في الفقه الإسلامي :

قدما أنه لا يوجد نظرية عامة للعقد في كتب العقد الإسلامي . وربما نستخلص هذه النظرية من آيات الأحكام الواردة للفقهاء في مناسبة كل عقد من العقود المتباينة ونحاطه عقد تابع لذلك إذا أردنا أن نحث في العقد الإسلامي كيف يكون تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه . لم نجد نظرية عامة تعبر عن الإشارة إليه كما وجدنا هذه النظرية في العقد العربي ، بل يجب

(١) وقد ورد في بعض المصنفين في المعاني المتقدمة استنباط الإسهام

م ١٠٥ . « تأخر أجل إحدى طرفي العقد ، فإن المتعاقدين يحضر على تنفيذ التزامه . م ١١٦ . ١ - إذا بعد العقد كان لإحدهما ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديل له ؟ بعض من في إيمان أو إنساني - ٢ - على أنه إذا طرأ حوازل أساسية عامة لم يكن في التوسع بوقعها ، ويرى على حدتها أن يفسد الالتزام المتعاقد ، ٣ - ثم يصح مسجلا ، صار مرفعا للمنفذ يجب بعهده بفساده ورجعه ، خار للمحكاه ، بعد الموارنة من مصلحة المتعاقدين ، ٤ - بعض التزام المرفق إلى أحد المتعاقدين أن يفسد التزامه ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

م ١٥ . يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بطريقة تقوى مع ما يوجه حسن فيه ٢ - لا يفسد العقد على إتمام المتعاقدين ، فيه ، ولكن يساوي أيضا ما هو من مسيرته وفقا لمبدأين والمعرف بالعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وحتى في حالة ٢٦ من مرسد اجراء . أحد تعري أحكام العقود في حق المتعاقدين ولا يفسد بها مرفعا ولا يجوز فسخ العقود المتزامنة إلا براضيتها في الأحوال التي يجوز فيها صحيحا .

أن يستعرض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي عقداً عقداً . لنطركيف يقوم المتعاقدان بتنفيذ كل عقد منها . ويحس لهذا العرض تقسيم هذه العقود لطوائف ، تجتمع كل طائفة منها في مقومات مشتركة .

وفي الفقه الإسلامي تقسيمات متعددة للعقود . ومن أشهرها تقسيم للعقود إلى تملكيات ووكالات وتوحيات وإسقاطات وإطلاقات وتقييدات .

ولكن التقسيم الذي يحسن الوقوف عنده لتيسير البحث الذي نحن بصدده هو التقسيم الذي يتركز في محل العقد ، فيدور حوله . ونحن العقد إما أن يكون عباً أو مفعة أو دياً أو عملاً أو توكيلاً أو وكالة . ومن ثم تقسم العقود ، نما لتقسيم المحل على هذا النحو ، إلى الطوائف الآتية .

أولاً . عقود تنفع على الأعيان ، وذلك لتمليك عوص كالبيع والقسمة والصح ، أو للتمليك بعير عوص كإهبة ، أو للحفاظ كالوديعة ، أو للنسب كالبيع والإيجار .

ثانياً . عقود تنفع على المنافع ، وذلك للتمليك عوص كالإيجار والمرارعة والمساقاة ، أو للتمليك بعير عوص كالعارية .

ثالثاً . عقود تنشئ الديون ، وذلك كالبيع بشيء دياً ناشئ في دمة المشتري ، وكالإيجار بشيء دياً بالآخرة في دمة المستأجر وكالقرص بشيء دياً برد مثل القرص في دمة المقترض .

رابعاً . عقود تنفع على العمل ، وذلك كعقد الاستصناع وعقد إيجار للعمل سواء كان العمل عمل أجير خاص أو عمل أجير مشترك .

خامساً . عقود التوثيق ، وذلك كالكفالة والإحالة والرهن .

سادساً : عقود التوكيل ، وذلك كالوكالة والشركة والمضاربة .

## أما العقد طبقاً لهذا التقسيم

ويمحى من قدامه أن آثار العقد في "فقهاء الإسلام" يمكن ردها إلى ما يأتي .

( أ ) نقل الملك بغير عوض أو بغير عوض (١) .

( ب ) نقل منفعة عوض أو بغير عوض (٢) .

( ج ) ترتيب الدين في الذمة .

( د ) لإزالة بعض معين ، وبإدخال في ملك "عقد" إلى دفع على العمل وعقود التوكيل .

( هـ ) إنشاء بعض (٣) .

( و ) إنشاء بعض (٤) من هذه الآثار .

## ١ - نقل الملك

## المنصوص وما يخص منها من شائع

ورد كثير من المنصوص في مرشد الخيران في صدد نقل العقد لبعض في الأعيان ، نختار منها ما يأتي :

م ٧٣ يصبح أن ملكاً اثنين عوضاً بغير عوض ، سواء كانت عقاراً أو متقولا .

(١) رتب ٣٠ من ضمن النسخ العراقية على أن عقدها معاوضة أو لا ، وعلى أن يملكها يومئذ ملك واحد من اثنين من هذه ، وهو غير متساوية بينهما ملكه المنفرد عليه للآخر .

(٢) رتب ١٠ من ضمن النسخ العراقية على أن عقد معاوضة أو لا ، وعلى أن يملكها يومئذ ملك واحد من اثنين من هذه ، وهو غير متساوية بينهما ملكه المنفرد عليه للآخر .

(٣) رتب ١٠ من ضمن النسخ العراقية على أن عقد معاوضة أو لا ، وعلى أن يملكها يومئذ ملك واحد من اثنين من هذه ، وهو غير متساوية بينهما ملكه المنفرد عليه للآخر .

م ٧٤ : ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحاً باتاً دون آلا ما ، سواء كانت عقاراً أو موقولاً .

م ٧٥ : المشتري أن يتصرف في عين المبيعة بالنسبة قبل استلامها إن كانت عقاراً لا يحشى هلاكه ، وليس به أن يوجرها من قصراً ، كما أنه ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه لا يبيع ولا يجره إن كان موقولاً .

م ٧٦ : إذا اشتد الضرر في عين المبيعة ، عقاراً كانت أو موقولاً ، على المالك ، أو كثر الضرر ، فله أن يتصرف فيها مع التصديت ، ولا يبيع تصرفه من المبيع ، لأن المصلحة تقتضي ، في المبيع ، مصلحته بغير اشتراط حقه فيها .

م ٧٧ : هذه تملك العين لا يملك ، وفي حكمه موص .

م ٨٠ : لا تثبت ملك من الموهوب له ، بل يكتسب العين الموهوبة له بالتسليم ، أو من غير التسليم ، أو من غير التسليم ، أو من غير التسليم .

م ٨٢ : مات موهوب في عهد تعين الموهوب له ، ملكت ائمة .

م ٨٣ : مات موهوب به من يتلأمه " العين الموهوبة " ، ملكت ائمة .

لأمة ولا حق لورثته فيها .

م ٤٦٣ : مات المشتري مبيعاً بعد قبض المبيع وفيه بقداش ، طالبان به الموهوب ، أو واحد منهما ، فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشتري .

م ٤٦٤ : مات مبيع في قبض المبيع ودفع ائش ، طالبان حق بمحبته إن لم يستوفى ش من مائة المشتري أو يبعه المبيع ويؤدي مبيع حقه من ثمنه ، فإن ائش عن حق المبيع ، دفع ائش سائر المبيع . إن نقص من يعرف حق المبيع يتلأمه فيكون أسوة الموهوب فيها في له .

م ٤٦٥ : مات المبيع مملوكاً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه المشتري ، فالمشتري أحق به من سائر الموهوب ، وله أحده إن كانت عنه قائمة ، أو سترداد ائش إن كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته .

م ٤٨٠ : الروايد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كاشتراك والتأجير ، تكون حقاً للشترى .

وانظر في عقد الصلح من حيث أن له حكم البيع المادة ١٠٣٠ مرشد الحيران ، وفي حكم المقايضة المادة ١٠٣٢ مرشد الحيران .

وتستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

أولاً : أن العقد يقل الملك بعوض أو غير عوض ، والعقد الذي هو الذي يقل الملك .

ثانياً : أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد . فلا يتأخر انتقاله إلى وقت التسليم ولو في المنقول ، وذلك ما لم يكن العقد هبة فلا يتم إلا بالقبض

ثالثاً : ويترتب على أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد أن روايد العين التي تحصل بعد العقد وقبل القبض ، كاشتراك والتأجير ، تكون لمن انتقل له ملك العين .

رابعاً : ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا مات البائع مطلقاً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للشترى ، فالمشترى وقد أصبح مالكا بالمبيع أحق بالمبيع من سائر الغرماء . فإذا مات المشتري مطلقاً قبل نقد الثمن ، فقد أصبح مع ذلك مالكا للمبيع بالبائع ، فيبقى المبيع في التركة ، والبائع أسوة الغرماء بالثمن وليس له امتياز على المبيع . إلا أن البائع إذا كان لم يسلم المبيع ولم يقبض الثمن ، فله حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، ويبيعه القاضى وينقد الثمن للبائع .

خامساً : وما دام المشتري قد أصبح مالكا للمبيع حتى قبل القبض ، فله التصرف فيه إن كان عقاراً ، فإن كان متقولاً فليس له التصرف فيه إلا بعد القبض .

ونستعرض الآن في هذه المسائل الخمس بعض مصوص الفقه الإسلامي .



## أولاً — العقد ذاته ينقل الملك في الفقه الإسلامي :

جاء في الدائع ( جزء ٥ ص ٢٤٣ ) : « وأما بيان صفة الحكم ، فيه صفتان ... الثانية الحلول ، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال ، لأنه تمليك تمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك في البدلين في الحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تمليكا لحال . وبخلاف البيع العاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تمليكا عده . »

ويبين من هذا البصر أن العقد ذاته هو الذي ينقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير لدى في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد . أما في الفقه اللاتيني « للعقد يشيء التزاما ينقل الملك ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه . فينتقل الملك ولكن بغيره . أي للالتزام لا بالحكم العقد . »

## ثانياً — ينتقل الملك بمجرد صدور العقد ذاته في الرهن فيتوقف

### على القبض :

وقد رأينا من البصر المتقدم الذكر أن الملك ينتقل بالعقد في الحال . أي بمجرد صدور العقد ، فلا يتأخر انتقال الملك إلى وقت للقبض ، ويستوى في ذلك العقار والمنقول . وهذا في عقود المعاوضة ، كالبيع والقسمة والصلح . أما إذا كان العقد هبة ، فلا يبعد العقد ولا ينتقل الملك إلا بالقبض . ويجب أن يكون القبض بإذن الواهب ، لأن القبض في الهبة يشبه الركن وإن لم يكن ركناً ، فبشبه القبول في البيع ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه . ولابد أن يتم القبض في حياة كل من الواهب والموهوب له وإن كان في المسألة خلاف ، فلو مات الواهب أو مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة . وهذا في مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة .

جاء في الهداية، فتح قلبه، جزء ٧ ص ١١٣ - ص ١١٧) : وقص  
 لاند منه سوت بنت . وكان مائت سن الملك فيه حين القص اعتباراً  
 بسبع . وعلى هذا الخلاف "السدقة" . وقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز  
 الهبة إلا مقبوضة . والمراد من الملك لأن أخيراً يدونه است . ولأنه عقد  
 يرجع وفي ثباته من عهد المؤرخين شريطة يورثه وهو التسليم  
 فلا صح . خلافاً وصلة لأن ثباته است است فيها بعد الموت ولا يراه  
 على شيوخهم أنه . وهو حق "لأنه" من حق من وصية قد تمسكها .  
 فإن قبض وصياها . هبة في خمس . ثم يورثها من استجانب .  
 وإن قصص هذا الأمر في غير ذلك من رواها في القصص . وأميس  
 أن يكون في وجهه . وهو قول السدقة . لأن مقبوضه ضروري في ملك  
 أو هبة مسكولة "قصصه" فلا يصح دونه . وبذلك "قصص  
 له" فيقول في نفسه من حيث أنه يوقف عنه ثوب حكمة . وهو الملك .  
 المقصود منه ثبات الملك . ويدور الإيجاب منه تسريفاً على انقص بخلاف  
 ما يرافقص عند روافقه . لأن ملك الملك تسليطه في حقها ما يقبض .  
 وتقول تنيد بالخمس فكذلك ما يلحق به . خلاف ما يراه عن انقص  
 في خمس . لأن الملك لا يضمن في مقدرة التصريح .

وجاء في المسند ( جزء أول ص ٤٤٧ ) : ولا يثبت الموهوب له الهبة  
 من غير قصص . مروي عن عائشة رضي الله عنها أن لها مئطاً حرد عشرين  
 وسقاً من ماله . فاحصته أو فادهاً يابده إن أحب الناس عن عدي لأنت  
 وإن أغر الناس على فقر أ عدي لأنت . وإن كنت تحب حرد عشرين  
 وسقاً من ماله ووددت أنك حردته وحرته . وإنما هو اليوم من نوارث .  
 فإن ماتت قبل انقص قدم وادته مقامه من شاء قصص . وإن شاء لم يقصص .  
 ومن أصحابنا من قال بطل "العقد بالموت" لأنه غير لازم قصص بالموت كالمعقود  
 الخثرة . والمقصود أنه لا يبطن . لأنه عهد يؤول في المروم فم يبطن

بالموت كالبيع بشرط الخيار ، فإذا قبض ميت بالخص ، ومن أصحابنا من قال  
 يتبين أنه ميت بالعقد قبل حدث منه تمام قبض شخص كان الموهوب له ، لأن  
 القبض رضي الله عنه قال ليس وهب به عند قبض أن يهل عليه هلال شوال  
 ، ولا بعد ما أهمل ، فإنه بعد عي الموهوب له ، والشهيد الأول وما قال  
 في وفاة الميت ، وروى عن قول ميت رضي الله عنه ،

١٠ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. والمكيين والمؤيدون  
 ١١ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول أكثر الفقهاء منهم ليعلم  
 ١٢ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول مالك وأبو ثور.  
 ١٣ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد  
 ١٤ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد  
 ١٥ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد  
 ١٦ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد  
 ١٧ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد  
 ١٨ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد  
 ١٩ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد  
 ٢٠ جاء في نسخة (ح) ٥٠٩١ ص ٥٩٣. وهو قول حري ولا يرد. نعم أن يرد لا يرد

أما في مذهب مالك فتجوز الهبة من شخص واحد إلى واحد على تسليم  
 هبة واحدة. جاء في حاشي حرمه ٧ ص ١٠٥ (ص ١٠٦) ،  
 و ما زاد بعد عن هذه رواية في كتاب ، قبل أن يوافق  
 في غير على حاشية مذهب مالك ، لأن الهبة كانت متحدة على المشهور .  
 و من جهة أخرى في حاشية مذهب مالك في صحة حتى لحقه من محيط  
 ، سواء كان في الهبة أو غيره . و ما زاد بعد عن رواية واحدة لشخص  
 أو واحد من نفس الشخص الأول . و ما زاد بعد عن رواية واحدة  
 و لا أقلها ، و لا أقلها على رواية الأول لأنه شرط في الحوزة ، و هذا هو

المشهور ، وسواء علم الأول وقرط أم لا . مضى من الزمان ما يمكنه فيه القبض ام لا . وكذلك تبطل الهبة إذا أعتق الواهب العبد قبل أن يحجره الموهوب له ، وسواء كان العتق باجراً أو إلى أجل أو كان تديباً أو كتابة . وسواء علم المعطى بالهبة أو لم يعلم . وكذلك نطل الهبة إذا استولد الأمانة التي وهبها قبل أن يحجرها الموهوب له . . ولا قيمة . . عبي الواهب للموهوب له في الفروع الثلاثة على المشهور ،

ثالثاً — زوائد المبيع التي تحصل بعد العقد وقبل القبض تكون مضافة للمشتري :

ولما كان المشتري يملك المبيع من وقت السع وقبل القبض ، فإن الزوائد التي تحصل للبيع — كالثمار والربيع والنتاج — تخص في ملك المشتري . فبملكها مع المبيع . واحتلت الحنفية والشافعية في نصيب ملكية المشتري لهذه الزوائد . فقال الحنفية إن المشتري يملكها بالمبيع لأنه يملك الأصل ، فليبع ثمنك التسع به ، وتعتبر مبيعة مع المبيع . وقال الشافعية لا تدخل في التسع وليست بمبيعة أصلاً ، وإنما يملكها المشتري بملك الأصل وهو المبيع ومن ملك الأصل ملك التسع . فالحنفية يملكون المشتري الزوائد بموجبه بصرف قانوني هو العقد ، أما الشافعية فبملكونها بماه بموجبه واقعة مادية هي تولد الزوائد من الأصل أو تعبتها له . وينتج عن هذا الخلاف أن الزوائد عند الحنفية تعتبر جرماً من المبيع يجري عليها حكمه ولها حصصة من الثمن . أما عند الشافعية فهي مستفقة عن المبيع لا يجري عليها حكمه ولا حصصتها من الثمن . وترتب على ذلك التفرع الآتية .

( ١ ) عند الحنفية يجوز للبائع أن يحبس الزوائد مع المبيع حتى يسد في الثمن ، وعند الشافعية لا يجوز .

( ٢ ) عند الحنفية إذا ألتف البائع الزوائد سقطت حصتها من الثمن

وعند الشافعية بضم مانع فيمنها المشتري إذا لاحصة لها من الثمن .

( ٣ ) عند احنفية إذا وحده المشتري عيأ بروائده ردها بحصتها من الثمن  
أ. الأصل رده أصلاً بخصته من الثمن . وعند الشافعية لا يرد الروائده بالعب  
أصلاً ويرد الأصل بكل الثمن .

( ٤ ) عند الحنفية إذا ألتف المشتري الروائده قبل القبض وجب عليه  
مع حصص من ثمن لأنه صافاً لها بالإتلاف . وعند الشافعية لاحصة لها  
من ثمن محل .

( ٥ ) عند احنفية إذا هلك المبيع ونقبت روائده بى العقد في قدر  
منه وكاتبها حصه من الثمن . وعند الشافعية يفسخ العقد أصلاً  
في المبيع وزوائده جميعاً .

وهذا ما يقوله لكسائى في قدماء . وإن روائده المبيع مبيعة عندنا .  
س . كانت مفعصة أم متعصة . متولدة من الأصل أو غير متولدة منه .  
ج . هنة وأصدوه والكسب . وعنده ( أى عند الشافعى ) ليست بمبيعة أصلاً .  
ث . ثبتت ثبوت الأصل لا بأسع السابق . وجه قول الشافعى رحمه الله  
في ثبوت هذا الأصل أن المبيع ما أصيب إليه البيع . ولم توجد الإضافة  
في روائده لكونها منعمدة عند بيع فلا تكون مبيعة . ولهذا لم يكن الكسب  
مبيعاً . ولأن بأسع ما مضى ثمنه إذ بأسع مقدمة المبيع بالثمن . والزيادة لا يقاتلها  
في كل ثمن مقادير الأصل . فم تكن مبيعة كالكسب . ولهذا  
ج . ب . عندنا في بأسع واثمن . ولما أن المبيع ما يشت فيه الحكم لأصل  
بيع . وحكمه بأصله بأسع من روائده السابق فكانت مبيعة .  
س . ذلك أن حكم الأصل مبيع هو . فبأن روائده بموكة بلا خلاف  
س . على أنه بموكة بأسع السابق أن بأسع السابق أوجب الملك في الأصل  
فبأن المالك في الأصل ثبت في بأسع . فكانت الزيادة بواسطة ملك  
المن مفعصة من بأسع السابق فكانت زيادة مبيعة ولكن نعتاً لثبوت



رابعاً : إذا فسخ المشتري المبيع وأجلس البائع أو لمشتري بقي المالك للمشتري ، أما إذا لم يفسخ المشتري المبيع وأجلس البائع فمضى البيع منى يستوفى الثمن :

و . كانت ملكه يبيع من المشتري . فقد . في هذا نفس الشيء .  
 فن أن يفسد البائع شيء . في البيع عن ملكه بالعلم من البائع . ويمكن  
 إذا كان البائع . يبيع مع المشتري . قد حق حصة حتى يستوفى الثمن  
 كاملاً . أو يبيع القاض المبيع ويستوفى البائع منه شيء . فإن فصل شيء كان  
 لمرء المشتري . وإن في البائع شيء من الثمن كان أسوة غرمه المشتري فيه .  
 فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري . فهل يستطيع أن يسترد عين  
 المبيع من مال المشتري أم لا . ويكون ذلك عن طريق فسخ البيع واسترداد  
 المبيع ؟ قدمنا في الجزء الخامس ( ص ١٤٤ و ص ١٥٥ و ص ١٦٦ و ص ١٧١ )  
 أن المالكية والشافعية والحنابلة يذهبون إلى هذا الرأي . أما الحنفية ( الجزء  
 الخامس ص ١٢٩ ) فلا يجيزون للبائع فسخ البيع لاسترداد المبيع . من سقى  
 مشتري . الكا يبيع . وبطلان البائع بائن فيكون أسوة غرمه المشتري فيه .  
 أما إذا كان البائع هو الذي أفسد بعد البيع . فإن المشتري وقد أصبح  
 مالكا للمبيع يستطيع أن يطالب البائع بتسليم عين المبيع دون اعتداد بالبائع  
 البائع مادام قد نقده الثمن .

وقد سبق إيراد الصوص لفقهية في هذا الصدد ( أنظر الجزء الخامس ) .  
 وصيغها ما جاء في إبدائع . ومنها ثبوت حق الحس للمبيع لاستيفاء  
 الثمن . ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين . أحدهما في بيان شروط ثبوت  
 هذا الحكم والثاني في بيان ما يبطل به بعد ثبوته . أما شرط ثبوته فثبوتان .  
 أحدهما أن يكون أحد البدلين عينا والآخر ديناً . فإن كانا عيين أو دينين  
 فلا يثبت حق الحس بل يسلان معاً لما ذكرنا فيما تقدم . والآخر أن يكون

أش حالاً، فإن كان مؤجلاً لا يثبت حق الخس، لأن ولاية الخس تفتت  
 حقاً للبائع لطله المساواة عادة لما ساء، ولما باع ثمن مؤجل فقد أسقط حق  
 حسبه فطلت الولاية.. وأما بيان ما يبطل به حق الخس بعد ثبوته..  
 إذا أحر الثمن بعد العقد بطل حق الخس، لأنه أحر حق نفسه في قبض  
 الثمن فلا يتأخر حق المشتري في قبض المبيع. وكذا يشتري إذا بعد الثمن  
 كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الخس.. ولو أعار البائع المبيع  
 يشتري أو أودعه بطل حق الخس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية.  
 وروى عن أبي يوسف أنه لا يبطل ولما باع أن يسترده.. ولو قصص المشتري  
 المبيع يادن البائع، بطل حق الخس حتى لا يملك الاسترداد، لأنه أبطل  
 حقه بالإذن بالقبض. ولو قصص بغير إذنه، لم يبطل وله أن يسترده، لأن  
 حق الإنسان لا يجوز إبطائه عليه من غير رضاه.. ولو قبض المشتري المبيع  
 بدون البائع، ثم أفسس أو مات قبل فقد اشترى أو بعد ما يقدر منه شيئاً، وعنده  
 دبرون لأمان شتى، هل يكون البائع أحق به من سائر الدرماء؟ حنابل فيه.  
 قال أصحابنا لا يكون له بل العرماء كلهم أسوة فيه، فيباع ويقسم ثمنه بينهم  
 حصص. وقال الشافعي رحمه الله البائع أحق به، وإن لم يكن قصصه حتى  
 أفسس أو مات، فإن كان اشترى مؤجلاً فهو على هذا الاختلاف، وإن كان  
 حالاً فالبايع أحق به بالإجماع، (الدائع ٥ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٢).

ويخلص لنا قدماء أن البيع ينقل الملك إلى المشتري. والقبض بدون  
 البيع يرد بطل أمثك نكداً. يد أنه يسقط حق الخس وحق الامتياز  
 معاً إذا كان ثمن حالاً مدفوع ومع ذلك أدن البائع المشتري في قبض المبيع.  
 وسرى فها من أن يقصص أو آخر في إطلاق المشتري في المبيع وفي المبيع.

### ماما — صرف المشتري في البيع

وقد تال مقصود بقدر ثبت من مبيع أن يثبت له في  
 في المبيع بمجرد البيع، حتى قبل القبض.







[illegible]

ويختص به بقية الناس من العلماء والفقهاء من غير أن يكونوا من أهل البيت  
العليين، ولدى هؤلاء من يجري فيهم من غير أهل البيت، والعلويين.

(ب) نقل المنفعة

النصوص وما يتعلق منها من نتائج .  
ورد لها أيضا في مرشد احبار كثير من النصوص ، بحمد الله تعالى :  
٣٠٨٠ . عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الاعيان المالية ،  
مستوفيا شرائط الصحة والنفاد ، يسوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها  
للمستع ، والتزام المستع بتسليم ما استحق من بدل المصلحة لصاحب العين

٥٧٧ هـ عقد لإيجاء هو عتقك مؤخر لتأجر مفعلة مقصودة من  
لعين المؤخرة في ائتمار ونظر العقلاء بعوض صلح أجرة .

٥٨٩ هـ من استأجر نانة لمحمض فله أن يركبها . ومن استأجرها للركوب  
فليس له أن يحمل عليها . ومن حمل فلا أجر عليه .

٥٩٥ هـ من استأجر مفعلة مفعلة بالعقد . فله أن يستوفي مثلها  
أو يوجها . لا أكثر منها . فمن استأجر نانة لمحمض . وبين نوع ما يحمله وقدره  
و ما . فله أن يحملها حملا مبدأ له في اللون أو حملا أحسن منه . وما  
لا أكثر منه .

٦٢٧ هـ من مؤجر أن تعرض مستأجر في استئجاره المفعلة منه  
الإجارة . ولا أن يحدث في لعين المؤجر . بغير تجميع من الاتباع ما أو يحل  
بالمفعلة المقودة عليها .

٦٥٤ هـ يجب على المستأجر أن يعرض لعين المؤجره كاعتائه نفسك .  
لا يجوز له أن يحدث بها بعد تجميعه من مالكها .

٦٥٨ هـ من مؤجره الإجارة . يجب على المستأجر أن يعرض الدار  
أو الخراب أو غيرها . بسبب ما فيها . ولا حاجة بمؤجره ما يجدي

٦٦١ هـ من سكن في دار مؤجره فمدا من عهده . وكانت الدار معه  
مستعارة . فمدا من عهده . يجب عليه أن يعرض الدار . يمكن كذا  
فلا أجر عليه . من مؤجره صاحب الدار الأجرة . وسكن فيها بعد ما أضافه  
وكان مؤجره . يجب على المستأجر .

٦٦٢ هـ من سكن أحد دار غير يتولى عقد كارتها إذا سكن بيت  
أخر . فمدا من عهده . أو سكنها ثلثين من كارت مستأجر . سكنه أحد  
الشركاء . فلا يجب الآخر على الساكن . وإن كان ذلك معداً للاستئجار .  
ما يمكن وفقاً أو لغيره .

م ٦٦٣ : بيع العين المؤجرة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر ، فإن أجاره حار ، وإن لم يجزه يبقى موقوفاً إلى أن يسقط حق المستأجر .

م ٦٦٧ : تصح الإجازة بعد لزوم دين على المؤجر حيث لا مال له غير العين المؤجرة ، سواء ثبت الدين بينة أو بإقرار المؤجر ، ويتوقف انصاؤها على قضاء لقاضي نفاذ البيع لذلك في صورتين .

م ٦٦٨ : تصح إجازة الأرض للزراعة ، مع بيان ما يزرع فيها أو تحجير المستأجر بأن يزرع ما يبداله فيها .

م ٦٧٤ : إذا عذب الماء على الأرض المؤجرة فاستفحرت ولم يمكن رعيها ، أو انقطع الماء عنها لم يمكن رعيها ، فلا تحب الأجرة أصلاً ، وللمستأجر فسخ الإجازة .

م ٦٧٥ : إذا زرع في الأرض المؤجرة فأصاب البرق آفة فمك ، وجب عليه من الأجرة حصه مائة من المدة قبل هلاك الزرع ، وسقط حصه ما بقي من المدة بعد هلاكه ، لا إذا كان متكاملاً من الزاعة مثل الأول أو دونه في الضرر فيجب حصه ما بقي من المدة أيضاً .

م ٧٧٧ : إذا أطلق المعير المستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال ، حاله أن يبيع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان وبأي استعمال أو أن يشترط ألا يتجاوز المعهود والمعروف ، فإن تجاوزته وهلكت العارية ضمها .

م ٧٨٤ : لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يبيعها ، إلا إذا كان أسعارها ليهها بأذن المعير . فإن أجزاها ، فلا إدره فهلكت في يد المستأجر . فسميع الخبر إن شاء ضمن المستعير وإن شاء ضمن المستأجر . فإن ضمن المستعير فلا رجوع للمستعير على أحد بما ضمنه ، وإن ضمن المستأجر فلا الرجوع على المستعير إذا لم يجر وقت الإجازة أنها عارية في يده . وإن ردها وهلك الرهن المستعار في يد المرتهن ، وضمن المعير المستعير . يتم الرهن فيما بين المستعير الرهن وبين المرتهن .

م ٧٨٥. للبعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء ، ولو كانت موفقة أو كان في استردادها ضرر ، إلا إذا كان الضرر زواله نهاية معدومة كالزرع أو كان قريب من نفس للبعير الاسترداد ونسب العين في يد المستعير بأجر المثل حتى يزول الضرر .

م ٧٨٩. العارية تتضمن بالخلات من غير عقد ، وببطل اشتراط صحتها في العقد . وإذا تضمن تعدى المستعير عليها أو شقصيره أو إهماله في المحافظة عليها .

و يستخلص من هذه النصوص نتائج الآتية .

١ — الأصل في منفعة العين أنها معدومة وقت انعقاد عيها ، فالتعامل فيها يعمل في شيء معدوم ، فهو باطل في نفسه وربما أثير استحسانا .

٢ — المنفعة التي تنقل ، بعقد يجب أن تكون منفعة مقصودة من العين في الشرع وبطل بطلان . ويختلف المذاهب باختلاف الأعمار المنتفع بها . ويسوي في منتفع بمنفعة العقد ، لا أكثر .

٣ — يسمو في اسمع بمنفعة بعين معدومة منها من مالك ، وبما شر الاستعارة عنه . وأما ، حب عنه ، العارية ، يعني المستعير بها وردها إلى المالك عند انتهاء العارية ، ثم هو حب إلى ذلك فلا تعرض المستعير في سقاعه وأن تضمن به العيب والخلل . ولا تصرف في تمام مدة حيا المستعير متعلقا . لأن من عند منسج العارية ، وقت اسمع . وإعير المستعير بها أمانة في يد المنتفع ، فهلا كما على المالك .

٤ — المنفعة لا تقوم إلا بالعقد .

٥ — وقد ثبت بطلان طعنة من عدس ، كما في العارية . فتشعر في أن مصداق المستعير يكون أكثر نقداً ، وفي أن يجوز للمالك استردادها في أي وقت .

فلستعرض لإدراك في النصوص الحققة الإسلامية مسائل أحسن الآتية .

أولاً - تكييف المنفعة من حيث أنها مال يجوز التعامل فيه . ثانياً - اختلاف المدعي باختلاف الأعيان . ثالثاً - كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المالك . رابعاً - المنفعة لا تنقرض إلا بالعقد . خامساً - خصائص المنفعة بغير عوض .

**تكييف المنفعة من حيث أنها مال يجوز التعامل فيه :**

يدرك أن الفقه الإسلامي يعتبر المنفعة في المال أقرب إلى أن تكون حقاً عيبياً . سواء في ذلك حق المتفع ( usufructier ) أو حق المستأجر . أما في الفقه العربي فقد تكون المنفعة حقاً عيبياً كحق الانتفاع ( usufruit ) . وقد تكون حقاً شخصياً كحق المستأجر . وحق المستأجر في الفقه الإسلامي يماثل ، من حيث تعدد تصرفات المالك ، حق المرئوس ، فكلا الحقين يجعل تصرف المالك موقوفاً .

ثم إن هناك فرقاً آخر في خصوص المنفعة بين الفقهاء . ففي الفقه العربي مع مال في المنفعة ، سواء اعتبرت حقاً عيبياً ، أو حقاً شخصياً ، يرد على مقصص الأصل ووكالات أمواله المستقبلية ؟ فالتعامل في الشيء المستقل صحيح في الفقه العربي كما رأيت . أما في الفقه الإسلامي ، فالتعامل في المنفعة باعتبارها شيئاً مستقلاً يحسد - خاصة وحصة ، غير جائز في أصل القياس وإنما يجوز على سبيل الاستحسان .

وهو جاء في البدائع ( حرم ٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ ) : « الإجارة جائزة على عامة عوام » وقال أبو بكر الأصبهاني لا تجوز والقياس ما قاله ، لأن الإجارة في المنفعة ، وسامع محل معدومه ، والمعدوم لا يحتل لبيع . فلا تجوز إضافة البيع إلى ما يؤول في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان توجد في المستقبل ، فالأصل لا يؤول إلى شيء . هـ لا اعتبر حال ولا اعتبار المال ، فلا حوار لها رأساً . الكتاب استحسان الجوار بالكتاب العربي والسنة والإجماع . . . وأما الإجماع فهو الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعتقدون عقد الإجارة من الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير تكثير ، فلا يعبأ بخلافه إذ هو

خلاف الإجماع . وبه تبين أن القياس مقروك لأن الله تعالى إنما شرع العقود  
لحوادث العباد ، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة . لأن كل واحد لا يكون له دار  
مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها . وقد لا يمكن  
تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبه والإعارة لأن نفس كل واحد لا تسع  
بذلك فيحتاج إلى الإجارة . فجوزت بخلاف قياس الحاجة الناس كسائر  
وأنحوه . ونعني به أن الشرع شرع لكل حاجة عقداً يختص بها . فشرع  
تمليك لعين بعوض عقداً وهو البيع ، وشرع تمليكها بعوض عقداً وهو  
الهبه . وشرع تمليك المنفعة بعوض عقداً وهو الإجارة . فلهذا يشرع  
الإجارة مع مساس الحاجة إليها لم يجد العبد لمفعول هذه الحاجة سبباً وهو  
خلاف موضوع الشرع .

وبعترض ابن القيم على أن الإجارة جاءت على خلاف قياس . ويرد  
إلى أنه يجب التمييز بين ما يمكن إبراء العقد عليه في حال وجوده وحين عدمه  
كالأعيان فهي الشارع عن بيعه حتى يوجد . وبين ما لا يمكن إبراء العقد  
عليه إلا في حال عدمه كالمتاع فحوى العام فيه ما لا استحسان لأن  
طبيعته تقتضي ذلك . وهذا هو ما نقول : . وأما الإجارة فإحدى قولاهما على  
خلاف القياس فالواهي بيع معدوم . لأن المنافع معدومة حين العقد .  
فقولهم إن الإجارة بيع معدوم وبيع المعدوم باطل دليل من على معدوم  
متمثلين غير مفصلتين قد احتلظ في كل منهما خطأ بالصواب . فأم المقدمة  
الأولى وهي كون الإجارة بيعاً ، إن أردت به البيع الخاص الذي يكون العقد  
فيه على الأعيان لا على المنافع فهو باطل . وإن أردت به البيع العام الذي هو  
معاوضة إما على عين وإما على منفعة فالمقدمة ثابتة باطلة . فرب بيع المعدوم  
يقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع . ومن سائر صفات بيع المعدوم فإنه يسمى في  
الأعيان . ولما كان لفظ البيع يحتمل هذا وهذا ، سارح الفقهاء في الإجارة  
هل تعقد بلفظ البيع على وجهين . والتحقيق أن المتعاقدين من عرفها المقصود  
اعتقدت نأى لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدين مقصودهم . وهذا جائز



شامل لجميع العقود . . . والمقصود أن قوله إن الإحارة نوع من البيع إن أراد به البيع الخاص فباطل ، وإن أراد به البيع العام فصحيح . ولكن قوله إن هذا البيع لا يرد على معدوم دعوى باطلة . فإن الشارع حوّل المعاوضة العامة على المعدوم ، فإن قسم بيع المانع على بيع الأعيان فهذا قياس في غاية الفساد . فإن المانع لا يمكن أن يعقد عليها في حال وجودها البتة ، بخلاف الأعيان وقد فرق بينهما الحس والشارح ، فإن نسي صبي الله عليه وسلم أمره بالعقد على الأعيان التي لم تنحى إلى أن تحقق . كما نهى عن بيع المسكين ، حس الحمة ونهى عن أن يبدو صلاحه والحب حتى يشتد ونهى عن الملاقيع ، المصامير ونحو ذلك . وهذا يمنع ماله في المانع ، فإنه لا يمكن أن تناع إلا في حال عدمه . فهما أمران أحدهما يمكن إبراء العقد عليه في حال وجوده ، حال عدمه ، فهني الشارح عن بيعه حتى يوجد ، وحوّل منه بيع ما لم يوجد بعد لما وجد إذا دعت الحاجة إليه ، ويدور الحاجة لم يحوره . والثاني ما لا يمكن إبراء العقد عليه إلا في حال عدمه كالمناقع ، فهذا حوّل العقد عنه وبيع منه . فإن قلت أما أنفس أحد الوعين على الآخر وأجعل العهدة بمجرد كونه معدوما ، قبل هذا قياس فاسد لأنه يتضمن التسوية بين المختلفين . وبذلك إن العلة بمجرد كونه معدوما - دعوى غير دس من دعوى باطلة . وقد يجوز أن يكون العهدة في الأصل كونه معدوما يمكن تأخير بيعه إلى من وجوده ؛ وعلى هذا التقرير فاعلة مقيدة بعدم خاص ، وأنت لم تبين أن العلة في الأصل بمجرد كونه معدوما ، فبإسناد فاسد . وهذا كاف في بيان فساد ما سألته . ونحن بين فساد في نفسه فقول . مدكرناه علة منقصة . وبذلك إذا عتبت بمجرد عدمه ، ورد عليك لنقص المنافع كلها وبكثير من الأعيان ، أما عدلتنا لا لنقص . وأصاف القياس المحض وقواعد الشريعة وأصولها ومبادئها تشهد لهذه العلة . فإنه إذا كان له حال وجود وعدمه كان في بيعه حصة لعدم محاصرة وفار . وأما ما ليس له إلا حال واحد والغالب فيه سلامة . فليس انعقد عليه محاصرة ولا فراقاً وإن كان فيه محاصرة يسيرة

فاحقة - عذابه (، علاء الموفعين - ج ١، أول ص ٢٥٢ - ص ٢٥٦) .

على أن ابن القيم يـ، يفرق بين المثلث عند حوز - بيع المدوم في الأعمال - د في كتب سنة وسنة - سور الله صلى الله عليه وسلم لا في كلام أحد من الصحابة - لا ينقطع ولا بمعنى عام - وإنما في السنة انتهى عن بيع بعض المشاء الموحدة - فليس له في المتعلا العدم ولا الوجود - بل هو - من به السنة انتهى عن بيع لدر - وهو لا يقدر على تسليمه سواء كان حوزاً أو معدوماً (، علاء الموفعين - ج ١، أول ص ٢٥٧ - ٢٥٨) .

### ثانياً - اختلاف المذاهب باختلاف التعاليم

وختلف المذاهب باختلاف الأعمال المصنعة - فمذعة الدار غير مصنعة - حبات أو الأص - اعة أو أرض بناء - وغير مصنعة الخبز والأشجار - وغير مصنعة الدواب - وغير مصنعة الحديد - وغير مصنعة الآدمي سواء كان حزيناً أو سعيداً - فمذعة - بل هذه المذاهب - بل عليها انعقد - فمذعتها من المالك إلى المتفع .

وقد جاء في كتابه (، ج ١، ص ١٧٤ - ص ١٧٥) في هذا المعنى .  
 ورواه أصيب من الدور وإنما لو اسوت - خواص والجماعات والمسايط  
 - عبيد الخدمه والذوات والمثلث والحق - لأولى والطروف ونحو  
 - المثلث - أرباب تصاح من مصلحه حاصه - مع المصانع - حذر البناء  
 - عذابه - والأحق - فقد كـ - حاصه وهو الذي يعمل وحده وهو المسمى  
 - حين الموحدة - وهو يكون مشتركاً - هو الذي يعمل لخدمة الناس وهو  
 - المسمى بالآخر - منكر - وذكر بعض المشايخ أن لأجاده - ورواه  
 - جازره على المذاهب - ورواه على الأعمال - وهو هو الوعد بما ذكرنا وجعلوا  
 - المعقود عليه في أحد النوعين المنفعة وفي الآخر العمل - وهي في الحقيقة نوع  
 - واحد لأن ما يبيع الممنعة - فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعاً ، إلا أن

منفعة تحسب اختلاف محل المنفعة . فيحلف استيفائها باختلاف مافع  
مارل بالسكنى والأراضي بالزراعة والثياب والحي ناسن وعيد الخدمة  
والخدمة والدوب بالركوب والحل والأواني والظروف بالاستعم والاصناع  
يعمل من الحيطه ولقصارة وبحوصه . وقد بقاء وه نسيم النقص مقام  
لاستيفاء . كما في أحير أوحد . حتى لو سببته في المدة ولم يعمل يستحق  
الأجر . .

### ثالثاً — كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المتنع وواجبات المالك :

يستوى المتنع المنفعة . وقد أصبح مالكا لها . بحسب طبيعة العين  
وما أعدت له . ويستوفها بنفسه أو بغيره كمتأجر أو مستعير . فإن كانت  
عين داراً . فله أن يسكن فيها بنفسه ومع غيره . وله أن يسكن فيها غيره  
بالإجارة والإعارة . وله أن يصع فيها متاعاً وغيره . غير أنه لا يعمل فيها  
حداً ولا قصر ولا طحناً ولا ما يضر البناء وبورهه . لأن ذلك يلافي  
العين . ويدخل تحت العقد . إذ الإجارة مع المنفعة لاسع العين . وأن المخلق  
للعقد بصرف في المعتد . والحدوث الذي يكون في صف المدين لا يؤثر  
لعمل السدد والتقصير وسحقان . فلا يصرف مطلقاً قصد إياه . ولا لمطلق  
ممن . من لا يدخل غيره في العقد . لا اسمة أو اسماء حتى لو أجاز  
حاتوناً في صف الحدادين إلى حداد يدخل ضمن أحدية فيه من غير تسمية  
للعقد . وما كان له أن يوح من غيره ويبيع لأده ميث المنفعة . فكان له  
أن يوح من غيره ويوصيه أو يبيع غيره . وأدنى إجارة الأرض فلا بد  
فيها من أن يستأجره من إجارة الأرض والبناء وغير ذلك . فإن رتب  
ثابت الإجارة ماسة . فلا بد حمل له أن يبيعها بما شاء . وكذا بد  
استأجرها بالزراعة فلا بد من بين ما يبيع فيها . أو يحفل له أن يبيع فيها  
ما يشاء . وإلا فلا يجوز العقد . لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء

والعرس والزراعة ، وكذا المروغ يختلف منه ما يبعد الأرض ومنه ما يصلحها ، فكان المعقود عليه محمولا حثالة معضبة إلى المزارعة ، فلا بد من البيان . بخلاف السكن فيها لا يختلف . وأما في إحارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشئيين المدة أو المكان . فإن كان بين أحدهما فسدت ، لأن ترك البيان يفضي إلى المزارعة . ولأن من بيان العرس في استئجار الصاع والعين ، وبيان المصوغ في الأجير المشترك وبيان المدة في الأجير الخاص .

ويجب على المالك أن يصمد سلامة المستأجر من حدوث عيب يحل الانصراف به ، بخلاف البيع إذا حدث بالمع عيب عند قبض فليس المشتري أن ينصرف ، لأن الإحارة بيع المنفعة والمذوق تحدث ثبوتاً ، فكان محل حراً من آخره . المنافع معقوداً مبتدأ فإذا حدث عيب بالمستأجر كان له عند حدوث قبض القصص . ولا يجوز للمالك أن يتصرف في العين المبيع بها ، ويكون له صرف موقوفاً لحق صاحب المنفعة .

ويجب على المتفع أن يرضى العرس في المالك بعد استيفاء المنفعة ، ولا ينصرف العين بعد الانصراف بها على المؤجر لاسيما مستأجر . حتى ولو استأجر دابة ليركبها في جوارحه في المصروف معوماً فهي أوفى ، فليس عليه سبب في إرضائها أن يرضى بها إليه ، وعلى من آخرها أن يقصدها من غير الاستأجر . وهذا بخلاف المستعار ، فإن رده على المستعير لأن بقعه به على الخواص . ولما كانت نفقه عليه فكذلك مؤثمة إليه .

ولعين المتفع بها أمانة في يد المبيع ، وبه هلك عيب عند أو بعد كان هلاكها على المالك .

ويبين لكاساني كيف ثبت ملك المستأجر في المدة ، حيث مؤجر في الأجرة على النحو الآتي . . وأما حكم الإجارة . . فهو ثبوت الملك في المدة للمستأجر وثبوت الملك في الأجرة للمساواة للأجرة . لأن عقد معاوضة إلهي بيع المنفعة ، والبيع عقد معاوضة وينتهي ثبوت الملك في العوضين . وثم

فتثبوت ثبوت العقد لا يجوز إيمان كان عقداً مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة ،  
 وإيمان شرط فيه تعجيل الأجرة أو تأجيلها فإن عقد مطلقاً ، فالحكم كتمثنت  
 في تعويض في وقت واحد فثبت الملك للبواجر في الأجرة وقت  
 ثبوت ملك المستأجر في المسقة ، وهذا قول أصحابنا . وقال الشافعي حكى  
 لأحد المصنفين هو ثبوت ملك في تعويض عقد العقد بلا فصل .  
 وأمّا كيفية ثبوت حكم العقد فبعد ما ثبت شيئاً فثبتاً على حسب حدوث  
 تحته وبها المدة لا ، تحدث شيئاً فثبتاً ، وعنده تجعل المدة موجودة  
 عليه كما أن العقد قائم وبين أحكم فيها في الحال . وعلى هذا ينبغي  
 أن الأجرة لا تثبت بنفس العقد المتعلق بمدة وعنده يثبت . ووجه قوله أن  
 الإجارة عقد معروض وقد وجدت متفقاً والمعاوضة المتلفة تقتضي  
 ثبوت الملك في معوضه عقوبت عقد كالمعوض ، إلا أن ملك لا بد له من محل  
 ثابت له يدفع الله معوضه في الحال حقيقة ومعنى موجود حكماً تصحيحاً  
 بعدد وقد جعل المدعو حقيقة موجوداً قدراً عند تحقق الحاجة والضرورة  
 وبأن أن المعاوضة المطلقة إدارته بملك ملكها في أحد المعوضين لا تثبت في  
 معوض الآخر ، ولو ثبت لا يمكن معاوضة حقيقة لا ، لا تثبت له عوض ،  
 لأن معوضه في المعوض المستوفى من المعوضين ولا مساواة إلا أنه يثبت  
 ملك في أحد المعوضين ، وملك ملكها في أحد المعوضين وهو مدفع المدة  
 المستوفى مدعمة ، فلا تثبت في الأجرة في الحال تحقيقاً للمعاوضة  
 المسقة . وللخاص أن الأجرة لا تثبت عندنا إلا بأحد معان ثلاثة ، أحدها  
 شرط معوض في نفس العقد ، والثاني تعجيل من غير شرط ، والثالث  
 معتمد المعقود عليه . أما ملكها بشرط تعجيل فلا يثبت الملك في  
 المعوض في حاله عند تحقق معنى المدعوة الحقيقة وتحقيق المساواة  
 التي هي مطلوب المأجور ، ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق إلا في ثبوت  
 الملك فيهما في زمان واحد . فإذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة  
 بل المقيدة بشرط التعجيل ، فيجب اعتبار شرطها لقوله صلى الله عليه وسلم

لمسبون عند شروطها ، فثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض ،  
 ونحوه أصبح المعوض في ثمن المبيع وإن كان بإطلاق العقد يقتضي الحس ،  
 كما هذا ، بل يؤخر حسن موقع عنه العقد حتى يوثق لأجرة ..  
 وأما إذا عمل الأجرة من غير شرط ، فلا به ما يجعل الأجرة فقد عين  
 مقتضى مطلق العقد وله أهلية . لأن ما جرت حقه له فثبت  
 إتمامه للعامل كما لو كان عليه دين مؤجل فعمله ، لأن مقتضى استحقاق  
 الأجرة لا يستحق في غير ذلك فقد انعقد له ويعجز عنه من الوجوب  
 عند وجوبه . وبسبب الوجوب جاء كجعل المكسرة عند خروج من الموت .  
 وأما إذا استوفى الحق عليه ، فلا به تلك المدة من فماتت أو أحراراً من  
 في مثله ، تحذف المدة منه لأنه وتسوية بين العتدين في حق العقد لمعنى  
 (راجع جزء ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها) .

### ٢ - بطلان العقد بقوم المنفعة

الأصل في المنفعة في الذهب حتى أنها ليست ملائمة ما في دأبه ،  
 فلا يجب التعويض عن المنفعة فور عصب شخص داراً أو ابتاع بها عدة من  
 أرض . فإنه يحرم عن ردها بل صحتها وسكن لا يدفع تعويضاً عن ائدة التي  
 انتفع بها بالدار ، بل إذا ردت لمشتري داراً بالعب على الدفع ، فإنه يسترد ثمن  
 ويس عليه شيء في مقابل استناعه بالدار

ولا تقوم المنفعة إلا بعد كعقد الإيجار ، فعند ذلك تسحق الأجرة عن  
 المنفعة ، بل يحكم بصلان بل يحكم "العقد الذي قومه" . وهذه النظره أصحها في  
 المنفعة وكوم ليست ملا في ذاتها وأن العقد هو الذي يقومها أحدث تنسيق  
 شئت فقلنا في الفقه الإسلامي ، جعلت مفاع العين إذا كانت وقفاً أو منبركة  
 يتيم مصونة ولو غير العقد ، وكذلك العين المعدة للاستغلال إذا لم يكن  
 الاتباع بها بأذن ملك أو عقد ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً عن الكلام  
 في فكرة الضرر والتعويض عنه في الفقه الإسلامي .

## فصل ١ - فوائض المنفعة بعين عوض

١ - كانت المنفعة بعين عوض كتاب لها حمائل ثم هرب عن المنفعة  
عوضاً، وبذلك مر هذه الخصصة ثلاثاً.

١ - تكون المنفعة شخصية مستفيع ولا بد من أن يؤول عنها لغيره  
لا حارة ولا باعارة، ومن ثم لا يجزئ مستفيع أن يؤولها لغيره  
ولا أن يبيعها لغيره، ولا بد من أن يكون المستفيع هو الذي  
أعطىها إليه المستفيع، بخلاف ما كان في غيره من فوائض  
المنفعة التي يؤولها لغيره أو يبيعها لغيره، فيكون المستفيع  
بالإعارة، الإجارة.

٢ - تكون المنفعة بعين عوض في حق شخص في حق غيره  
وكأن لها مداه محدودة، كحق مالك في حق غيره من مداهها  
يد المنفعة حتى في حق نفسه، كحق مالك في حق غيره  
في أي وقت شاء، ولو في حق نفسه، كحق مالك في حق غيره  
ولو كان في حقه، كحق مالك في حق غيره، كحق مالك في حق غيره  
كما لو زرع المستعير الأرض المستعارة، كحق مالك في حق غيره  
في أي وقت شاء، حتى أن يبيعها لغيره، كحق مالك في حق غيره  
وقت رد الأرض، أما في المنفعة بعين عوض، كحق مالك في حق غيره  
فإن استرد العود بالمنفعة بها قبل قضاء هذه المداه

٣ - قد يقال أنه في المنفعة بعين عوض كما في حق غيره، كحق مالك في حق غيره  
المنفعة لأر صحتها على أحوص، ولهذا كانت يفتقر عليه فك مؤونه  
أرد، أما في المنفعة بعين عوض فاسترد العود بنفسه على مالك لا على غيره،  
وليس على المستعير تسليم العين إلى المؤجر، بل على المؤجر أن يقبضها من  
تحت يد المستأجر.

## ج - ترتيب الدين في الذمة

## ما: - فخلص من النتائج في ترتيب الدين في الذمة

يخلص من المصوص العقيدة أن العقد قد يرتب ذمة في الذمة . ومن أمثلة الدين الذي يرتب في الذمة في البيع أو أجرة العين المؤجدة أو رداً من وبتضمن فكة الدين فكة الضمان ، كضمان الاستحقاق وضمان العيب . فبحثها المسائل الآتية : أولاً - تحديد معنى الدين الذي يرتب في الذمة ثانياً - ترتيب العقد في البيع ذمياً في ذمة المشتري . ثالثاً - ترتيب العقد لأجرة العين المؤجدة ذمياً في ذمة المستأجر . رابعاً - ترتيب العقد رد من المال المقرض ذمياً في ذمة المقرض . خامساً - ترتيب العهد بالضمان .

## أولاً: تحديد معنى الدين الذي يرتب في الذمة -

ذكر في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ص ١٠ - ص ١١) أن الدين في فقه الإسلام هو التزام عليه صريح من العقد أو حمله من الأشياء المادية . وقد أعيد ص ١١ إلى الدين في الالتزام والدين في الفقه الإسلامي هو الالتزام . وهو ما دام بالعين هو ذمة ، فمعه بإحداث تمسكها أو تملك متعبد أو سببها أو تصرف كتمسك أرض معروفة الحدود أو متعبد أو سببها أو تصرف كسببها أو حصة حيوان . وقد راجع أخيراً ص ١٤ - ص ٢٠ أن الدين في فقه الإسلام هو غير محصور في الحق الشخصي والحق العيني في الفقه العربي ، فالدين ليس كل الحق الشخصي ، بل هو صورة من صورته . والدين يستغرق الحق العيني ، وتضم بعضا من الحق الشخصي هو الالتزام بالعين . ومن ثم فدين أصيق من الحق الشخصي . والعين أوسع من الحق العيني . والتمييز بين الدين والعين هو



التمييز البارز في الفقه الإسلامي ، ويقوم هذا التمييز على أساس الدمة . فيقال إن الدين يتعلق بذمة المدين . أما العين فلا تتعلق بالدمة بل يكون الحق — عينا كان أو شخصا — متعلقا بالعين ذاتها . فالعلاقة بالدمة أو عدم العلاقة بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والعين . ولما وضعت نظرية الدمة في الفقه الإسلامي ، نظر لعقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية . فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعين يصفان على عين معينة بالذات ، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فعلة كما قدمنا مبلغ من النقود أو حصة من الأشياء المثلية ، فتعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات ، فم يبق إلا تعليقه بالدمة . ومد يتعلق الدين بالدمة استمع ذلك عدة أمور : (١) منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعين فيصب على العين ذاتها ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة . (٢) ومنها أن الدين تنعنه امثلة إذ أن وساطة المدين تقضي مضاهته ، أما عين فلا وساطة فيها ولا مثالية . (٣) ومنها أن الدين يرد عليه الأجل ونصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعين وهو منصف بها مباشرة كالحق العيني لا يتصور فيه أحس ولا مقاصة ولا إبراء . ومد . ر التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي ، لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه وانعد عن الدين ، فالالتزام بالعين كما رأينا يصب كالحق العيني على العين ذاتها . وهو كالحق العيني أيضا لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تبعه امثلة ولا يرد عليه الأجل ولا تنصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء . أما الدين فهو لا ينصف عن عين بالذات بل يتعلق بالدمة ، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتنعه امثلة ويرد عليه الأجل وتنصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء . ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وانعد عن الدين ، أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ العين عليهما جميعا ، وأمكن بعد ذلك امثلة بين العين والدين ، فبرر التمييز بينهما ،

وستر يبرره التميز بين الحق العيني والحق الشخصي .

ونرى بما قدما أن الدين في الفقه الإسلامي أصبق من الحق الشخصي في الفقه العربي فهو حق شخصي محله نفود أو أشياء مثنية . أما إذا كان محل الحق الشخصي نقل ملكية عين معينة بالذات أو نقل مسعته أو تسليمها أو حفظها ، فالحق هنا يصب على العين في الفقه الإسلامي ويدع في الحق العيني ويصح عينا مثله . وقد رأينا كيف أن العقد ينقل ملك الأعيان وينقل منافعتها ، وسرى كيف يقع على تسليم الأعيان وعلى حفظها . فستبعد كل هذه الصور . وتقتصر على صورة الدين بمعناه الضيق في الفقه الإسلامي ، حيث لا يكون محل الحق لا نفوداً أو أشياء مثنية ، فلا يمكن أن يصب الحق على عين بالذات ووجوب ضرورة أن يتعلق بالذمة . ومن أمثلة الديون الأمان والأجور وروء المال المقرض ، وتستمر هذه الأمانة متعاقبة ، ثم يقول بعد ذلك كلمة في الضمان .

## ثانياً - الضمان :

ربط العقد بين المبيع دينا في ذمة المشتري ، إذا كان أن كما هو الغالب نفوداً أو أشياء مثنية<sup>(١)</sup> . فإذا كان أثر دينا على هذا الوجه . فابدى برتبته

(١) وقد يكون الثمن عينا ، فيصعب إذ داله المبر من المبيع واسم فكلهما عين ،

ولا يكون الثمن عند ذلك دينا . وقد جاء في المحتاج في صدر المبر من المبيع واشتمل ما يأتي

« ثم المراهم والديانر عينا أنما على كل حال ، أي سواء كان في معانيتها ، وسواء دخله حرف انباء فيهما أو فما بمعانيتها ، لأنها لا تسمى بالعين بحال » فكانت أنما على كل حال .

وأما ما سواهما من الأموال ، فإن كان مما لا مثل له من العدييات المتفاوتة والمزويبات فهو

صبيح على كل حال لأنها تسمى بالعين بل لا يجوز سبها إلا عينا ، إلا الثابت الموصوفه المؤجلة

سلبا فإنها تثب دينا في الذمة بصيغة طريق السلم الحسن . وإن كان مما له مثل كالمكيلات

والموزونات والعدييات المتفاوتة ، فإن كان في مقابلته المكيل أو الموزون ذراهم أو دنانير فهو

صبيح ، وإن كان في مقابلته مالا مثل له من الاعان اسي ذكرنا فانه بمنظر ، أن كان المكيل أو

في ذمة المشتري هو عقد البيع . فالبيع المطلق . الذي - ذكر في عقده تأجيل  
التمس أو تعجيله . يرتب في ذمة المشتري ذم واحد الأداء في الحال . فإذا  
اتفق على تأجيل التمس أو على تقسيطه . رتب البيع في ذمة المشتري ذم  
مؤجلا أو ذميا مقسطا بحسب الأحوال . وعقد البيع ذاته هو مصدر الدين  
بائنه كما قدمنا . ويرتب الدين بمجرد انعقاد البيع صحيح<sup>(١)</sup> .

فإذا لم يدفع المشتري التمس حالا . كان محملا . أو عند حلول أجله إن  
كان مؤجلا . أحمرا على دفعه . فإن امتنع . بفسخ البيع . وبيع من متاع  
المشتري ما بقي بالتمس المطلوب منه . ولا يجوز له أن يمتنع المشتري في  
دفع التمس للمتع . ما لم يكن المشتري معسرا لا بعدد على الوفاء . فينظر  
إلى الميسرة .

ويجوز سماع أن يحمل غريمه بائنه على المشتري . وليس له أن يتصرف  
فيه قبل قبضه ولا يملكه لأحد غير المشتري أثناء الدين في ذمته .

الموروث مبيعا فهو مبيع . وإن لم يكن مبيعا بحكم فيه حرف الباء فما دحه فهو ليس بالآخر  
مبيع . وإن كان أحدهما مبيعا والآخر موصوفا . أو كان كل واحد منهما موصوفا بحكم فيه  
حرف الباء فما صحته فهو التمس والآخر المبيع . وأما العلوي الرائحة . فإن قولك بخلاف  
جسها فهي أثمان . وكذا إن قولك بجسها مساوية في العدد . وإن قولك بجسها  
مفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي أثمان على كل  
حال (١) (البدائع جزء ٢ ص ٢٢٤) .

ويرى من ذلك أن المبيع مبيع حقا . أما التمس فالعالم فيه لا يمين بالنسيئ ولكن قد  
يمين هو أيضا بالنسيئ كالبيع . فإذا يمين التمس بالنسيئ . نقل البيع ملك العين التي هي  
من للبائع . وصار هذا مالكا لها بمجرد البيع . وبخلاف حكم العين في هذه الحالة من حكم  
العين إذا كانت مبيعا لأنها في آن العين التمس يجوز للبائع أن يتصرف فيها قبل أن يقبضها .  
بخلاف النسيئ المبيع إذا كانت موقولا فلا يجوز للمشتري التصرف فيها قبل القبض كما سبق  
القول . وبقول المادة ٨٩) من مرسوم الضمان « إذا كان التمس عسا . يجوز للبائع أن يتصرف  
فيه قبل أن يقبضه من المشتري . بيع أو هبة أو وصية أو غير ذلك » .

(١) فإذا انعقد البيع فابدا وفرض المشتري المبيع . ترتب في ذمته دس ليس هو  
التمس المسمى بل هو قيمة المبيع . وهذا دين بضاعي دين التمس . والعقد العاسد مبيع  
البضى - أي الواقعة المادية - هو مصدر هذا الدين .

## ثالثاً - الذمور .

والأجرة في الإيجار قد تكون نقوداً أو من المثلثات، وعند ذلك تكون ديناً في ذمة المستأجر ترتب على عقد الإيجار . وقد تكون عينا تعين بالتعيين، فلا تكون ديناً بل عينا، وينقل الملك فيها إلى المؤجر بعقد الإيجار . ولا يصعب التغير في الإيجار بين ما يقابل المبيع وبين ما يقابل الثمن . فما يقابل المبيع في الإيجار يكون دائماً منفعة، أما الأجرة وهي التي تقابل الشئ فقد تكون عينا أو منفعة من غير حسن المنفعة الأولى أو ديناً .

ومتى انعقد الإيجار صحيحاً، وكانت الأجرة ديناً، ترتب هذا الدين في ذمة المستأجر للمؤجر . وبصح اشتراط تعجيله وتأجيله وتقسيمه . ولا يلزم التعجيل إلا إذا اشترط وكانت الإجارة مجرة ، وللمؤجر في هذه الحالة أن يتمتع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي منه الأجرة ، وله أن يفسخ الإيجار عند عدم الإيفاء من المستأجر ، وفي غير اشتراط التعجيل لا تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلاً ، أو تسليمه من استيعابها بتسليمها له ولو لم يستوفها .

## رابعاً - القرض :

وعقد القرض ، إذا تم صحيحاً ، رب في ذمة المقرض ديناً يرد مثل المال المقرض . والمال المقرض لا بد أن يكون من المثلثات أو النقود ، فيرتب عقد القرض دائماً في ذمة المقرض ديناً يرده . وميعاد حلول الدين هو الوقت الذي يحدده المقرض ، فيستطيع استرداد القرض في أي وقت شاء حتى لو كان متفقاً على تأجيل الرد إلى وقت معين ، فلا يلزمه التأخر إلى هذا الوقت . إلا أن للقاضي أن يمهل المقرض إذا رأى أنه معسر . فيطرده إلى وقت المبصرة .

## فصل في الغشامة :

وسمى الغشامة إلى جانب الدين لقول إن العقد قد يرتب ضمان . فالبيع يرتب ضمان الاستحقاق و ضمان العيب على البائع . والإيجار يرتب نفس الضمانين على المؤجر .

وفي صاغة الفقه الإسلامي يختلف الضمان عن الدين . فالعقود العرفية يصل إلى ضمان عن طريق الدين . فيقال إن البائع يلتزم بضمان الاستحقاق والعيب . ونسباً لهذا الالتزام يجب عليه التعويض للبشئ . أما في الفقه الإسلامي . فلا يقال إن المانع مدبر ضمان الاستحقاق أو بضمان العيب . ولكن يقال إن مقتضى هذا الضمان أن يفسح المشتري البيع فيسترد الثمن في الاستحقاق . وكسب يسترد الثمن في العيب بعد أن يرد المبيع . وفي من ذلك في ضمان المؤجر بالاستحقاق والعيب . فبطل الفقه الإسلامي إلى نتيجة قريبة من النتيجة التي وصل إليها الفقه العرفي . ولكن عن طريق مسح البيع أو الإيجار وإرجوع الثمن على البائع أو بالأجرة على المستأجر . فالتزام ببيع يرد الثمن أو التزام مؤجر يرد الأجرة إنما هو دين كسائر الديون . وسبب استحقاقه ليس هو ضمان مباشرة . بل إن الضمان كان سبباً في مسح العقد . ومسح العقد هو الذي أوجب رد الثمن أو الأجرة .

## ( د ) الإلزام بعمل معين

ما يستخلص من التنازع في التزام العمل :

قد يترتب على العقد إلزام العاقد بالتقيام بعمل معين . ويحدث في ذلك طوائف العقود الآتية :

١ — عقد الأخير الخاص وعقد الأخير المشترك وشركة الأعمال وشركة العقد والمرافعة والمسافعة . وكلها عقود يلزم العاقد القيام بعمل مادي معين .

٢ — عقد البيع وعقد إيجار الأشياء ومحوهما . وكلها عقود تلزم العاقد بتسليم شيء معين .

٣ — عقد الودعة وعقد العارية وعقد الإيجار ومحوها ، وكلها عقود تلزم العاقد بحفظ شيء معين .

٤ — عقد الوكالة وبعض عقود الشركة ، وكلها عقود يلزم العاقد بالقيام بعمل معين لمصلحة موكله .

فيبحث إذن في إيجار لمساتر لآية . أولا - لقباء بعمل مادي معين .  
ثانيا - التسليم . ثالثا - الحفظ . رابعا - تنفيذ الوكالة .

### أولاً - القيام بعمل مادي معين :

قد يكون هذا العمل المادي خدمة أو غيرها من أنواع العمل يقوم بها أجير خاص أو أجير مشترك . فالأجير الخاص هو الذي يتخصص في العمل لغيره فلا يعمل لآخر ، فهو يعمل من أعمال الخدمة المنزلية أو غير ذلك من أعمال المصانع والتاجر وما إليها . والأجير المشترك هو الذي يقوم لغيره بعمل معين دون أن يتخصص لهذا الغير وحده . وذلك كالقيام بعمل من أعمال البناء أو الحارة أو القفارة أو غير ذلك . وليس للأجير الخاص أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره ، وإن عمل بمعية ينقص من الأجر بقدر ما عمله ، ويستحق لأجرة تسليم نفسه محمداً وتمسكه بها سواء خدم أو لم يخدم . أما لأجير المشترك فلا يستحق إلا إداد عمل .

ويجوز أن يلزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة نفس لأعمال ، فإذا تعهد شريكان في شركة تقبل الأعمال لأحد بعمل ، فلصاحب العمل طلب إيفائه من أيهما أراد ، ويجوز كل منهما على إيفائه ، وأيهما أوفاه يرى الآخر .

ولكل واحد من شريكي المصنعة أن يضال صاحب العمل بأجرته ، ويبرأ صاحب العمل يدفعهما رى أيهما أرا .

ويجوز أن يلتزم العائد بأداء عمل معين بموجب شركة عقد تكون شركة بالاعتماد . وشركة العقد هي عبارة عن عقد بين المشاركين في رأس المال وفي الربح ، وهي إما شركة بالمال وإما شركة بالأعمال وإما شركة وجوه . وبشرط لجواز شركة العقد أن يكون المنعقد عليه قابلاً لموكالة ، وأن يكون الربح معلوم لقدر . وأن يكون حراً شائعاً في الخلقة لاعمسا .

وفي المزارعة يلزم المزارع بزراعة الأرض ، ويقسم المحصول بينه وبين صاحب الأرض على الوجه الذي اشترطه . وإذا قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع هذا السب ، وجب عليه الصل . وإذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب أو الخراف ، ضمن أيضاً .

وفي المساقاة يدفع المالك ثمن ما ينمو من يرضحها ويسقيها بحره معلوم من ثمرها . وإذا عجز العامل عن العمل ، أو كان غير مأمون على نشر ، جاز فسخ المساقاة . والأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه كسقيه وتلقيحه وحفظه فلم اعامس ، والأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالحدود ونحوه تلزم كلام من العاقدين .

### ثانياً - التسليم :

وانعيام تسليم شيء يجوز أن يكون من الأعمال التي يلزم بها العاقد . هالبائع يلزم تسليم المبيع المشتري . والمؤجر يلزم تسليم العين المؤجرة للمستأجر للاستئجار بها ، والمستأجر يبرء رد العين المؤجرة إلى المؤجر بعد الانتفاع ، والمستعير يبرء رد العين المعارة ، وحافظ الوديعة يلزم رد العين المودعة .

و تأخذ مثلاً لئلا تراه بالتسليم الرأى البائع أن يعلم المبيع المشتري . والتسليم  
هنا هو أن يحل النافع بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه  
من غير حائل ولا مانع . والتحلية قبض حكام . وهى تختلف بحسب حال  
المبيع . فإن كان المبيع عقاراً كدار أو خانوت أو محو بماله قفل . فتسليمه  
يكون بدفع المفتاح إلى المشتري مع الإذن له بقضه . كما يكون بالتحلية بين  
المبيع والمشتري والإذن له تسليمه إن كان المبيع قريباً منه . وإذا كان المبيع  
أرضاً فتسليمها إلى المشتري يكون بالتحلية من النافع على وجه يتمكن المشتري  
من قبضها بأن تكون قريبة منه ، فإن كانت بعيدة عن المشتري فلا يعتبر  
قابضاً بمجرد إذن البائع بانقبض . وإذا كان المبيع منفولاً . فتسليمه يكون  
بمناولته من يد البائع إلى يد المشتري ، كما يكون بالتحلية والإذن بالقبض .  
فإن كان المبيع داخل خانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفاتيح الخانوت  
أو الصندوق إلى المشتري مع الإذن له بقضه . وكيل المكبلات وورن  
الموردت المعينة بامر المشتري ، ووضعها فى الأوعية والجوارق انى هياها  
المشتري لوضع المسع فيها . يكون تسليمها . وإذا كانت العين المبيعة موجودة  
تحت يد المشتري قبل البيع بعصب أو عهد فاسد فاشترها من امائك ، بنوب  
القبض الأول عن ثانى . وإن كان المسع فى يد المشتري عارية أو ودیعة  
أو رهناً . فلا يصير قابضاً بمجرد العقد إلا أن يكون المبيع بحصره أو يذهب  
إليه حتى يتمكن من قبضه . ويشترط فى تسليمه أن يكون المبيع مفرداً غير  
مشغول بحق النافع ، فإن كان المبيع داراً مشعونة بمتاع للنافع أو أرضاً مشعولة  
بررعه فلا يصح التسليم إلا إذا فرغ الدار من المتاع والأرض من الررع ،  
ويجوز على التفريع والتسليم للمشتري إذا نقد اشترى . وإذا قص المشتري  
المبيع ، ورأه البائع وهو يقبضه ولم يجمعه من قبضه . يعتبر ذلك إدا من  
البائع له بالقبض . وعلى النافع مصروفات التسليم ، كأجرة الكبل والورن  
والقياس ونحوه .

( أنظر فيما تقدم المواد ٤٣٤ — ٤٤١ و ٤٦٧ من مرشد الخيران ) .



### ثالثا - الحفظ :

وقد يلزم العاقد بحفظ العين بعقد ودیعة أو عارية أو إيجار أو رهن أو غير ذلك من العقود التي تلزم العاقد بالحفظ .

وحير مثال للالتزام بالحفظ هو الترم حائط الودیعة . فيجب على المستودع أن يحفظ الودیعة بما يحفظ به ماله ، وأن يصعبها في حرر منها على حسب نفاسها . وله أن يخصصها بنفسه . أو يمن بآمنه على حفظ ماله من هو في عماله . والودیعة أمانة لا يصح بالهلاک مطلقا سواء أ أمكن التحرز أم لا . وإنما يصحها المستودع تعدده عليها أو تصديره في حفظها . إما إذا كان لإبداع آخر . فهلك الودیعة أو صاعت بسبب يمكن التحرز منه ، فصعبها على المستودع . والودیعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصروفات مؤونها على صاحبها . وإذا طُلب صاحب الودیعة ودیعته . فعلى المستودع تسليمها إليه ، فإن منعها منه بلا حق حال كونه قارعا على تسليمها فهلك فعله صامها . فإن كان عاجزا عن تسليمها فلا ضمان عليه بهلاكها . وفي كل موضع لزم ضمان الودیعة تضمن تمثيلها إن كانت من ثمنيات ووجد مثلها في السوق ، أو بقيمتها إن كانت من الصمليات أو من الملبات ولم يوجد مثلها في السوق .

ر أنظر فيما تقدم الماد ٨١٥ و ٨١٧ — ٨١٨ و ٨٢٩ و ٨٢٣ و ٨٣٨ من مرشد الخيران .

### رابعا - تفويض الوكالة :

ويلزم الوكيل بعقد الوكالة بأن يعوه تصرف معين لحساب الموكل . ويشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يثبت التصرف بنفسه وفيها وكل به ، وكل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه حاد أن يوكل به غيره . فيجوز لمن توافرت فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره ببقاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات وبالبیع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن

والارتئان والإبداع والاستبداع والهة والانتهاج والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة ومحو ذلك من الحقوق ، ماعدا التوكيل باستيفاء انقصاص حالة غيبة الموكل فإنه لا يجوز . وبصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ، وتعميمها تنعيمه فمن وكل غيره توكيلا مطلقا مفوضا بكل حق هو له والمخصوصة في كل حق له ، صحت أم كالة ولو لم يعين المحاصم به والمحاصم . وبصح تفويض الرأى للوكيل ، فيصرف فيما وكل به كيف شاء ، وبصح بقيده تصرف مخصوص .

والمبيع في يد أوكيل بالشراء أمانة . فإذا هبث أو صاع بدون تعديه هبث على أموال ولا يسقط من أمث شيء . وإذا قص التوكيل البيع المثل ، كان في يده أمانة ، فلا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه . ولموكل أن يعزل وكيله عن الوكالة ، وللوكيل أن يعزل نفسه .

( أنظر فيما تقدم المواد ٩١٦ و ٩٢١ — ٩٢٣ و ٩٤٢ و ٩٥٧ و ٩٧٠ و ٩٧٢ من مرشد الخيران ) .

## ( ه ) توثيق الديون

### مفرد التوثيق :

وقد يكون العقد لتوثيق الدين وكفاله وعقود التوثيق هي كفالة والحوالة والرهن ، ويلحق بها بيع الوفاء .

### الكفالة :

الكفالة هي ضم ذمة "كفيل" إلى ذمة الأصل في المطالبة بنفس أو دين أو عين . وبصح لكفالة الأعداء المصنونة بنفسها على الأصل ، وهي التي نجت قيمتها عند هلاكها إن كانت قبية أو مثلها إن كانت مثلية ، كالمبيع فاسداً

أو المعصوب أو المخصوص على سوم لشراء إن سعى له ثمنا . ولا تصح الكفالة بالأعيان المصونة على الأصل بغيرها لأنفسها ، وهي الأعيان الواجبة التسليم وهي قائمة وعند هلاكها لا يجب مثلها ولا قيمتها كالبيع قبل القبض والرهن فمما مضمون ما ثبت . ولا تصح الكفالة بالأمانات . كالوديعة ومال المصاربة والشركة والعارية والمؤجر في يد المستأجر .

وتصح الكفالة بالمال سواء كان مضمونا أو مجهولا ، وإنما تصح بالدين الصحيح الثابت في الدمة وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولا تصح الكفالة بالدين غير الصحيح . لا بالدين النفقة المقدرة لزوجته أو لغيره أو بغيره . وإذا توثق دين بكفالة ، حار للدائن المكفول ذنبه مطالبة الأصل أو مطالبة الكفيل أو مطالبة مالا ، وإن كان للكفيل كفيل فسدائن مطالبة من شاء منهما . وإذا أدى الكفيل ما كفله به من ماله . فله الرجوع بما أدى على الأصل إن كانت الكفالة بأمر الأصل . ولكن ليس للكفيل مطالبة الأصل بالدين المكفول ، قل أن يؤذيه الدائن المكفول له ولو كانت الكفالة بأمر الأصل . وأداء الأصل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصل والكفيل . وإبراء الدائن الأصل يوجب براءة الكفيل . ولكن إبراء الدائن للكفيل لا يوجب براءة الأصل .

( أنظر فيما تقدم المواد ٨٣٩ و ٨٤٤ — ٨٤٧ و ٨٥٢ — ٨٥٣ و ٨٥٦ و ٨٦٢ — ٨٦٣ و ٨٧٠ — ٨٧٣ من مرشد الخير ) .

## الخاتمة

وأخوة هي أيضا عقد أقرب إلى أن يكون عقد وثيق . وقد قدمنا في الجزء الخامس من مصادر الحق ( ص ٨٢ في الهامش ) أن الخوالة لا تسق الدين ولا المطالبة من دمة المدين إن دمة الخال عليه عند وفاته ، بل تصم دمة

المحال عليه إلى دمة المدين في المطالبة ، فلا تعدو أن تكون كفالة محضة . وعقد  
 ألى خيفة وأبى يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من دمة المدين إلى دمة  
 المحال عليه ، فإن الدين الأصلى يقضى ، ويحل محل الدين الأصلى دين جديد  
 فى دمة المحال عليه ، وتكون حوالة الدين فى هذه الحالة تجديدأ بتغيير  
 المدين . وعند محمد ، حيث لا ينقل الدين إلى دمة المحال عليه وإنما تنتقل  
 المطالبة وحدها ، فإن حوالة الدين أقرب إلى أن تكون كفالة محورة ، ووجه  
 التحويل فيها أن الدائن يرجع على الكفيل — المحال عليه — أولا ، فإن  
 توى الدين عند الكفيل رجع على المدين الأصلى ، أما فى الكفالة العادية  
 فالدائن كما رأينا بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلى أولا وإن شاء طالب  
 الكفيل لأن المطالبة بقى عند المدين وإنما صحت فيها إلى دمة الكفيل .  
 وحوالة الدين فى المذهب الثلاثة الأخرى لا تكون إلا حيث يكون  
 المدين دائنا فى الوقت ذاته للمحال عليه بحس ما عليه وتقديره . فهى إذن  
 وفاء دس بحق عن طريق إسقاط كل من الدين والحق ، فتنتهى إلى تجديد بتغيير  
 الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء  
 بالدين . أما الحوالة حيث لا يكون لمدين دين فى دمة المحال عليه ، فهذه ليست  
 حوالة أصلا بل هى محض كفالة .

ولحوالة إذن ، إذا هى — نكس بمسأأ لمدين بتغيير لمدين ، لأنه وإن  
 تكون كفالة محورة أو كفة محضة .

( أنظر فى هذه المسألة وسيط المؤلف حـ ٣٠٠ فقرة ٢٤٠ ) .

### الرهن :

والرهن هو أيضا عقد لوثيق الدين ، فهو جعل مال محبوسا فى يد  
 المرتهن بدين ليرتهن يتمكن استيفاءه من المال المرهون كالا أو بعضا . ويشترط  
 فى المال المرهون أن يكون مالا موجودا متقوما مقدورا للتسليم . محورا لا متفرقا ،  
 مفرغا لا مشغولا بحق الراس ، مبرا لا مشاعا ولا متصلا بغيره . ويشترط فى

مقابل الرهن أن يكون دماً ثانياً في الدمة أو موعوداً به ، أو عيناً من الأعيان المضمونة ، فلا يصح الرهن بالأمانات ويشترط لتأم الرهن ولزومه على الراهن أن يقصده المرتهن قبضاً تاماً . وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع منه ويتصرف في العين المرهونة .

وإذا توثق دين برهن . ف للمرتهن حسن الرهن لاستيفاء الدين الذي رهن به . وهو أحق بالرهن من الراهن ، وإذا مات الراهن مديوناً للمرتهن أحق به من سائر العرماء إلى أن يستوفي حقه ، وما فصل منه للعرماء . ويصح توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل لاستيفاء دينه من ثمنه ، ولكن لا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن في معاملة دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين لأجله ، بل يصح الرهن ويضمن الشرط . وإذا حل أجل الدين المضمون بغير الراهن على بيع الراهن ووفاء الدين من ثمنه ، إن لم يدفعه وبفك الراهن . وإذا امتنع الراهن من أداء الدين وعن بيع الرهن ووفائه من ثمنه بعد أمر الحاكم له بذلك ، يبيعه الحاكم قهراً ويعطى الدين من ثمنه .

وكل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ ، كإسبع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك ، إذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه ، يتوقف بفاذه على رضا المرتهن ، ولا سلطان لحقه في حسن الراهن إلا إذا أجاره المرتهن أو وهب الراهن دينه ، فيثبت نهـ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن ، لكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن في الشئ بخلاف بدل الإجارة .

ويجب على المرتهن أن يعتن بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ، وله أن يحفظه بنفسه أو غيره ممن هم في عياله ممن أئتمهم على حفظ ماله . والراهن مضمون بهلاكه بعد قصه بالأقل من قيمته ومن الدين ، ونحو قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه . وإذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته مساوية

لقدّر الدين ، سقط الدين تمامه عن الراهن ، وصار الدائن مستوفياً لحقه ، سواء كان هلاكه بتعدي المرتهن أو بآفة مماوئة . وإذا هلك الراهن في يد المرتهن وكانت قيمته أكثر من الدين . سقط الدين عن الراهن ، أما الزيادة فلا تلزم المرتهن ولا يصنعها للراهن . إن كان هلاك الراهن دون تعديه ، ويكون عليه ضمانها للراهن إن كان هلاك الراهن ناشئاً عن تعديه أو نقصيره في حفظه . وإذا هلك الراهن في يد المرتهن وكانت قيمته أقل من الدين ، سقط من الدين قدره ، وجع المرتهن بما بقي له من الدين على الراهن .

ولا يجوز للمرتته أن يتفجع بالراهن موقولاً كل أو عقاراً مدين إடன் الراهن ، وللمراهن أن يرجع في الإذن في أي وقت شاء . والمصرفات اللازمة لحفظ الراهن وصيانته تكون على المرتهن . والمصرفات اللازمة لبقائه كلها . ته إذا كان عمداً أو سبب الأضرار وتنتج اشحروكل ما به صلاحه ومعاؤه يكون على الراهن . وعلى ما وحب على أحدهم قضاء الآخر . فإن كان أداه بأمر المصطفى ويجعله ديناً به على الآخر فله الرجوع عليه به ، وإن أراه بلا أمر له هو فهو متبرع لا رجوع له على الآخر شيء مما أراه .

( أنظر فيما تصد النوادر ٩٧٥ و ٩٧٨ و ٩٨٦ و ٩٨٧ و ١٠٠٠ و ١٠٠٧ — ١٠١٣ و ١٠٢١ — ١٠٢٢ من مرشد الحيران ) .

### بيع الوفاء :

وسع الوفاء في الفقه الإسلامي ضرب من الرهن وجد لتوثيق الدين . فيبيع الشيء صاحبه ، ويشترط أنه متى رد الشئ إلى المشتري رد المشتري له المبيع . فالبايع وفاء هو الراهن ، والمشتري وفاء هو المرتهن . ويجوز للمشتري وفاء أن يتفجع بالمبيع يردن ولا يجوز للبائع الرجوع في الإذن وهذا هو الذي يعبر بيع الوفاء من الرهن حيث يجوز للمراهن الرجوع في الإذن كما قدما .

وإذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد أن دفع الشئ للبائع ، وجاء وقت رد

أش لا استرداد المبيع فلا يرد البائع الثمن ، أمر الدائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ماله ، فإذا امتنع باع الحاكم عليه . وهذا هو حكم الرهن . ومن ثم اقترب بيع الوفاء من الرهن واتعد عن البيع .

ومن أحكام الرهن التي تسرى على بيع الوفاء أيضا أنه إذا هلك المبيع واهت كانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين في مقابلته ، وإن كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البائع ، وإن كانت قيمته زائدة على مقدار الدين سقط من قيمته ما يعادل الدين وصح المشتري الزيادة إن كان هلاك المبيع تعديده وإن كان بدون تعديده فلا يرمه الزيادة . وليس لسائر الحرمات أن يراحموا المشتري في بيع وفاء حتى يستوفى دينه من المبيع . وإذا مات أحد المتبايعين وفاء ، قامت ورثته مقامه في أحكام بيع الوفاء .

( أنظر فيما قدم المواد ٥٦١ - ٥٦٨ من مرشد الخيران ) .

## ٢٥ - فسخ العقد للمعذر أو لحوادث صارئة

طبيقات متفرقة لفسخ العقد للمعذر أو لحوادث طارئة في الفقه الإسلامي .

قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي شاذ نظرية متماسكة الأطراف للحوادث الطارئة تماثل نظرية الفقه العربي أحدث . وبحول دون ذلك سدد : أولها أن الفقه الإسلامي ، لا في نظرية الحوادث الصارئة ولا في غيرها من المطاريات ، ألف وصح النظريات العامة المتماسكة فقد قدما أن لفقه الإسلامي ، كالفقه الروماني وكل فقه آخر أصيل ، إنما يعالج المسائل مسألة مسألة ، ويضع لها حولا عملية عادلة ينساب فيها نيار حتى من المطلق القانوني المتسق ، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار وأن يشهد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحول المتفرقة الموضوعات للمسائل المختلفة ، وهكذا يبني هذه الأحجار بناء راسخ الأركان .

والسبب الثاني أن الفقه العربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة ، لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولع فيها مبالغة دعت إلى تبني الوسائل للتخفيف منها نزولاً عن مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب العردية والتخفيف تحت تأثير مذاهب التصامم لاجتماعي . أما في الفقه الإسلامي ، حيث مقتضات العدالة نسود دائماً عند تعرضها مع القوة الملزمة للعقد ، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثمرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى انفقاء داعماً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ، مادامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير .

وإذا كان الفقه الإسلامي م يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة للدين اللذين قدمناهم ، فإن هذا لا يمنع من أنه عرف تطبيقات متنوعة لهذه النظرية في مسائل مختلفة ذكر منها مسألتين :

### ( ١ ) الأعداء في عقد الإبحار ( ٢ ) والخواص في بيع الثمار .

ونتناولهما بالبحث ( أنظر في هاتين المسألتين وغيرهما رسالة الدكتور محمد اعداد عبد الجواد في القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي وفي نظرية الحوادث الطارئة في القانون المصري ناسفة الفرنسية غير مطبوعة باريس سنة ١٩٥٧ ) .

### ( ١ ) الأعداء في عقد الإبحار

تفاوت المذاهب المختلفة في فسح الإبحار بالعرد :

لم تتفق المذاهب المختلفة على حكم واحد في فسح الإبحار بالعذر فمنها ما توسع في ذلك توسعاً كبيراً وهذا هو المذهب الحنفي ، ومنها ما سبق مع تفاوت في التصيق وهذه هي المذاهب الثلاثة الأخرى المالكية والشافعية والحنابلة .





من قبل ، كأن يعمل حجاً ما أو تعمل شيئاً ، ثم أهب منه ، كان له أن يفسخ  
الإيجار للعقد . على أنه إذا انتهت المدة التي يملكه المؤجر ، مكن  
هذا عذراً لفسخ إجازة منزل آخر يملكه المؤجر وآخره ، إذ يمكنه أن يؤجر  
أو يشتري منزلاً لسكنه .

وأما العذر بالنسبة إلى العين المؤجرة فهو أن يؤجر حل عبده سنة ثم  
يمتد بعد ستة أشهر ، فيه أن يفسخ الإجازة . وله أن يهب للأجرة سنة  
الأشهر الباقية تكون للعقد المتعلق بالإجازة أو اشتراط تعديها  
فتكون لسولى . وإذا أجر أب ولده ثم بلغ الولد أثناء الإجازة ، كان هذا  
عذراً ، لأن في إبقاء العقد بعد البيع ضرراً ، حتى ويصح في المصطفى  
موجب للعقد إلا بضرر م بقرمه . ولو استأجر شيئاً ثم لم يأجره المصطفى من  
لها أو مرضت أو أراد أهل المصطفى السكن ، كان هذا عذراً في فسخ  
الإجازة . وإذا علا أجر المثل في الوقف ، فصح بإيجال طرأ للوقف ،  
وجدد العقد في المستقبل على أجره مبرومة . ومنها مذهب وجب للمصطفى  
بقدره . وقيل هذا إذا أراد أحد مثل المصطفى ، فقام بإيجاده واحد أو اثنين  
الأجرة مما على المستأجر الأول ، فلا عذر بذلك . ثم لما تفسخ هذه الإجازة  
إذا أمكن الفسخ ، فأما إذا لم يمكن فلا يفسخ . وإن كان في الأرض ريع ،  
يستحصل فترك بأجر المثل إلى أن يستحصل أربعين يوماً . وحصل أجره من  
الوقف ، لم تفسخ الإجازة ، لأن الفسخ بملاء إما كان طرأ للوقف ، وهذا  
فيه ضرر بالوقف . وتزيد أجره المحكم أو نقص . وإذا زادت أجره المثل  
أو نقصت ، وهذا ما يسمى بفسخ الحكر ( أنظر المادة ٧٠٣ من مرشد  
الحيران والمادتين ١٠٠٤ و ١٠٠٦ من التقنين لدى المصطفى ) .

وبورد بعض النصوص في فسخ الإيجار باعتبار في المذهب الحنفى :

جاء في الفتاوى الهندية ( جزء ٤ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩ ) : « وإن  
استأجر دابة بعينها إلى بمداد لطلب عريم له أو لطلب عبد آبق له ، ثم حصر  
العريم وعاد العبد من الإباق ، تنقض الإجازة لأنها وقعت لعرض وقد ماتت

ذلك العرس . وكذا لو طس أن في ماء داره حلالاً مستأجر رجلاً لهدم البناء ثم ظهر أنه ليس في البناء حلال . أو مستأجر طاعناً لبيعة العرس فانت العروس . بطلت الإجارة . مستأجر حابوا لينجر في السوق ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة . فله فسخ الإجارة لأنه عسر .

وجاء في البدائع ( جزء ٤ ص ٢٩٧ وما بعده ) . وأما قد يكون في حاب المستأجر . وقد يكون في حاب المؤجر . وقد يكون في حاب المستأجر . أما الذي في حاب المستأجر فهو أن يماس فيقوم من السوق أو يرسماً أو ينقل من الحرفة إلى أخرى أو من زراعة إلى التجارة أو ينقل من حرفة إلى حرفة . لأن المفسر لا يمنع الحابوت . فكل في إبقاء العقد من غير استيفاء المصلحة إصرار به صر إليه من العقد . فلا يجبر على عمله . وبإعزم على السفر . في ذلك السفر مع الحرمان عنه صر به . وفي إبقاء العقد مع حروجه إلى السفر صر به أيضاً من العقد لأجرة من غير استيفاء المصلحة . والانتقال من عمل لا يكون . لا للإعراض عن الأول ورغبته عنه . فإن معناه عن الانتقال أضرباً به . وإن أبقيا العقد بعد الانتقال لأمره الأجرة من غير استيفاء المصلحة وفيه ضرر به . وعلى هذا إذا استأجر رجلاً لمسا لا يمس من الانتفاع به من غير ضرر بدخل في ملكه أو يده ثم بدله أن يمسح الإجارة . فإن استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليعطها أو يحيطها أو يهدم داره أو يقطع شجره أو ينقل ضرره أو يحرق أو يفسد أو يبرع أرضاً أو يحدث في ماله شيئاً من ماء أو بخارة أو حرق ثم بدله ألا يفعل . فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك . . وكذلك لو استأجر رجلاً إلى ملكه ثم بدا للمستأجر ألا يجرح فله ذلك ولا يجبر على السفر . لأنه لما بدله علم أن السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر . . وأما الذي هو في حاب المؤجر . فهو أن يلحقه دين فادح لا يجرد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك . . لأن



## كيف يكون فسخ الإيجار بالعدر .

ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً فإن كان المضي فيه حراماً ، كالإجارة على قلع العرس ثم سكنت وعلى قطع اليد المأكلية ثم رأت ، فالإجارة تنفس من تلقاء نفسها . وإن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك ، لأنه يتصور نوع ضرر لم يوجب العقد ، لم تنفس الإجارة إلا بفسخ وفي هذه الحالة تستقل انعقد بالفسخ في قول ، وفي قول ثان لا تنفس الإجارة إلا بالتراضي أو القاضى ، وفي قول ثالث إن كان العذر طاهراً فلا حاجة إلى القضاء وإن كان حقيقياً كالذي اشترط القضاء .

## السادس - متى يقوم عليه فسخ الإيجار بالعدر :

يظهر مما قدمناه أن العذر هو أمر غير متوقع وقت الإيجار ، وفي هذا يفتق مع الحوادث الطارئة في الفقه العربي . ولكنه يختلف الحوادث الطارئة ، أمر ممكن الدفع ، فمجرد طرؤه مصلحة لأحد العاقدين كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الإيجار للعدر . ثم إن العذر في الفقه الإسلامي ، كالعدر في الفقه العربي ، لا يمكن تعييد العقد مستجيلاً ، بل يحله مرهقاً حسب . وحرء العذر هو فسخ الإيجار أو انقضاؤه من تلقاء نفسه ، أما الحوادث الطارئة في الفقه العربي فخرائذه كما رأينا هو رد الاستبراء المهرق إلى الحد المعقول .

وتمكدة أي يقوم عليه العذر في الفقه الحنفى ليست هي طرؤه الحادث واستحالة دفعه ، بل هي تحمل للعقد ضرراً لم يتزعمه العقد بالإيجار . حيث يعجز العاقدين عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يتزعمه — أي لم يدخل في حسابه وقت الإيجار — فإنه لا يجوز على المضي في العقد ، ويكون له أن يفسخ الإيجار للعدر .

ومما يسر قبول لعدر بهذا المعنى الواسع المراد في عقد الإيجار أن هذا

العقد سققد على اذاع شينا فثينا فذلك مبعة تستجد حكم العقد الجديد .  
والمبايع في لايجوز لاعتك حمة و حدة من شينا فثينا ، فكان اعراض العذر  
في عمة ثمة عيب حدث قبل قبض ، ولعب الحادث قبل القبض في باب البيع  
يوجب للعاقدة حق الفسخ .

جاء في ابدنح ( جزء ٤ ص ١٩٧ ) : والإجاءه يصح بالأعداد عند ما  
حدثا له ( مثاقفي ) ووجه قوله أن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لا رما  
كاسوع الآخر وهو بيع الأعيان ، والخامع بينهما أن العقد انعقد بانفاقهما  
ولا يصحح إلا بانفاقهما . ولما أن الإجارة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لأنه  
نوع من العقد عند تحقق العذر له صحت "عذر ضرر لم يلزمه بالعقد . وقد  
خرج الخواب عن قوله إن هذا بيع . لأننا نقول نعم لكنه عجز عن المضى  
في موجه فلا يصح بيقظه في يلزمه العقد . فكان محتملا لمفسح في هذه  
الحالة كما في بيع العن . اطلع بشرا عن عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب  
بمستأجر . وكذا عن قوله انعقد العقد بانفاقهما فلا يصحح إلا بانفاقهما ،  
إن هذا هكذا . جاء يعجز عن النص عن موجب العقد إلا بصرر غير مستحق  
بالعقد . وقد عجز بها فلا يشترط الرضى عن الفسخ كما في بيع العن وحدث  
عيب بالمستأجر . ثم يكرار "فسح عند تحقيق" عجز عن رضى عن العقل والشرع ،  
لأنه يقتضي أن من اشترى بضاعة فأسأله رجلا ليقبضها فمكن اوجع يحجر  
عن القلع ومن وقعت في هذه أكلة فأسأله رجلا ليقبضها فمكن اوجع  
ثم رأيت به يحجر عن "المصنع وهذا" فصح عقلا وشرعا .

وجاء في ربيع ( جزء ٥ ص ١٤٣ ص ١٤٤ ) : . . . . .  
عيب كان "العقد" بمقتضى سلامة العيب عن عيب . فإزاء مدة رصده  
ومسح كما في البيع . . . . .  
فبعدة . . . . .  
فيوجب الحيا . كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض . ثم إذا استوفى لمستأجر

المصلحة مع العيب ، فقد مضى العيب فبرمه جميع لبدل كما في البيع ، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب لا حارس مستأجر ، لأن المؤجر للرد قد زال قبل الفسخ والعقد صحيح مدة فسادته . ثم يؤخذ فيما يأتي بعده ، فسقط خياره ،

## المداهب الثلاثة الأخرى في فسخ الإيجار بالعدر

### مذهب المالكي :

يقر المذهب المالكي فسخ الإيجار للعدر في حدود أصحيق ، كثير من مذهب الحنفي . في هذا المذهب يفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعاً ، كسكون أم لس المستأجر على قلعها أو تقو على المصالح المستأجر على مصادره . وفسخ الإجارة بمنع الخطر ، لأنه يحول على الولد من لبنها . وإن يفسخ المذهب عن الرحي المستأجرة . فسخ الإجارة للعدر ، وكذلك إن أتق لعد المستأجر . وإن أحرقتها في حجرة ثلاث سنين وهو يظنه لا يتعدى إلى ثلاث ، وأحمد بعد سنة أو سنتين ، لأنه يرمه الإجارة بعد احتلامه . وإن استأجر عبداً لخدمة فرس أو ذابة فاعتت ، كان هذا عدراً . وإذا كثرت أرجل الأرض فسد من الماء ففسخ الرجح ، فلا كراه عليه . وأحذف فيما أصاب الأجير في سوء مضر معه من الساء في بعض اليوم ، فقل له بحسب ما مضى ، ويمنح في بقية اليوم .

جاء في مختار ( ج ٥ ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣ ) : سئل ابن أبي ريد : إذا أصاب الأجير في سوء مضر في بعض ليوم من البناء في بعض اليوم ، فإنه بحسب ما مضى ويمنح في بقية اليوم . ومثله لسخون . ولغيره يكون له جميع الآخر لأن المسح . بات من قبله . وقال ابن عرفة قل سحتون في وثائقه إن منع أجير لبناء أو اخصد أو عمن ما مطر . لم يكن له بحسب ما مضى من النهار ، وأجيره له كل الآخر ، لأن المسح لم يكن منه . قال ابن عرفة ولا يدخل هذا الخلاف في بوال وقعت في بلد بنونس ، لأن العرف يقرر

عندهم يفسح الإجارة بكثرة المطر وزول الخوف ، وجاء أيضا ( الخطاب ص ٤٢٣ ) : « وتفسح بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، كسكون ألم السن المستأجر على قلبها ، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه . قال ابن عرفة قمت هذا إذا كان العفو من غير المستأجر ، واضرهن بفعل قول المستأجر في ذهاب ألمه والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل وفي يمينه مع ذلك بطلان » .

وجاء في المدونة ( جزء ١١ ص ٥٦ ) : « قلت هل يجوز لي أن أستأجر رجلي الماء في قول مالك ؟ قال سأل مالك عن هذه المسئلة أهل الأندلس فقال لا بأس بذلك » . قلت وينقطع الماء عنها أن يكون هذا عدرا تفسح به الإجارة ؟ قال لم أسمع من مالك في انقطاع الماء عنها شيئا ، وأما عدرا قلت أرأيت إن عاد الماء في بقية من وقت الإجارة ؟ قل قال حدثني في عهد نواجر فيمرص إليه إن صح لزم المستأجر الإجارة فيما بقي من الوقت ، فكذلك رجلي الماء أيضا ، وقد قال غيره إلا أن يتعاسا قبل أن يضح العدس » . وجاء أيضا ( المدونة ١١ ص ٧٨ ) « قلت أرأيت إن استأجرت عدرا فأنقأ أسمع الإجارة في قول مالك ؟ قال نعم . قلت فإن رجعت في بقية من وقت الإجارة أو قدر عليه ؟ قال يرجع في الإجارة بحال ما وصفت لك . قلت أرأيت إن استأجرت من رجل عبدا يجتهد في سعة فهرب العدس من يدي إلى دار الخرب ؟ قال تفسح الإجارة فيما سبها ، إلا أن يرجع العدس في بقية من وقت الإجارة كما وصفت لك . قلت أرأيت إن هرب السيد قبل الإجارة بحالها لا تنقصر » .

وجاء أيضا ( المدونة ١١ ص ١٨٤ ) « قلت أرأيت إن حمت هذه المرصعة خافوا على الصبي أيكون لهم أن يوسعوا الإجارة ؟ قال نعم . قلت تحفظه عن مالك ؟ قال لا ولكنه رأي . قلت أيكون لهم أن يوسعوا الإجارة ؟ لم يكن لهم أن يوسعوها أن تأتي من ترصع هذا الصبي ؟ قال لا سيما إذا أكثروها فعنها على أن ترصع لهم » . وجاء أيضا ( المدونة ١١ ص ١٩٧ ) « قلت أرأيت لو أن يتبا في حجره ثلاث سنين وأنا أطه لا يجتهد في ثلاث سنين ، فاحتم بعد سنة أو سنتين ، فرأى أن يفسح الإجارة حين احتدم ، أيكون ذلك له



أم لا؟ قال لا أرى أن ترمه الأجارة بعد احتلامه إلا أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيام والشهر وما أشبهه، وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ١١٧) : «قلت أرأيت إن استأجرت عبدا لخدمة مرض أو دابة أركها إلى موضع كذا وكذا فاعتدت الدابة، أيكون هذا عذرا وأنا قضه الكراء؟ قال نعم، إلا أن العبد إن صح في بقية من وقت الإجارة، عمل لك ماصح فيه من ذلك، وكان عليك كراء ما عمل لك، ويسقط عت كراء ما مرض فيه». وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ١٧٢ - ص ١٧٣) : «قلت أرأيت إن ررعها فأصاها مطر شديد فاستعدرت الأرض وفيها الررع، فأقام الماء فيها العشرة الأيام أو عشرين أو للشهر ونحوه فقتل الماء الررع، أيلزم المتكاري الكراء كله، يجعله مالك بمرلة البرد والجراد والجليد أم يحسم هذا بمرلة القحط؟ قال لم أسمع من مالك فيه شئ، إلا أن ذلك إن كان بعد مضي أيام الحرث فهو عدى بمرلة البرد والجليد، وإن كانت الأرض إنما استعدرت في أيام الحرث فقتلت ررعه الذي كان ررع فيها، فالما إن انكشف عنها قدر على أن يررعها ثانية فم ينكشف الماء عنها حتى مصت أيام الحرث، قال فأرى هذا مثل الرجل يتكاري الأرض فتمرق في أيام الحرث فلا كراء عليه. وكذلك قال في مالك إن الأرض إذا اكترأها لرجل فحاده من الماء ما منعه الررع منه لا كراء عليه. فهذا انتهى سألت عنه. وإن كان قد ررعها ثم حاده الماء فتمرق ررعه في أيام الحرث وهو لو أن الماء انكشف عن الأرض كان يقدر على الحرث لأن إن الحرث م يذهب ثمنه الماء من أن يعيد ررعه، فلا كراء عليه. وإن كان أصاها في زمان الحرث فذلك ررعه ثم انكشف الماء في إن يدرك فيه الحرث. فالكراء له لا م لأنه قد يدرك أن يزرع. وليس هذا بمرلة ما أصاها بعد ذهب أيام الحرث. وذلك بمرلة الجراد والجدد والبرد».

### مذهب الشافعي

و لأص في مذهب الشافعي ألا ينسخ لإجارة بالعذر، إلا بد أو جب جحلا في المعقود عليه أو كان عبدا فيه نقص به المنفعة أو بعد استيفاء

المففعة تعدر آشريعاً . فعثر الطهر الدانة في المشى والعرج الذي تتأخر به عن القافية وصعب البصر في المستأخر للخدمة وسداه الحائط في الدار وانقطاع الماء في الثر والعين وارحى وغير ذلك من العيوب في المعقود عليه لئى يوح حلاله تكون أعذاراً ترد بها العين للعيوب . ولو استأخره بقلع من مؤلم فرأى ألمه ، فسحت الإحارة للتعدر اشريعى ، ولا يعتد بالتعدر في غير ذلك ، فإن أكرى طهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرص أو دهاب المال لم يحمله الرد ، وإن أكرى حمالاً فعجز عنه ما يوقه لم يحمله الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعدر الانتفاع لمعى في غيره ، وإن أكرى أرضاً للزراعة فررعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل حراد لم يحمله الرد لأن الحائجة حدثت على مال المستأخر دون مفعة الأرض ، ولو حرق ما حول الدار أو الدكان أو أطل أمير البلدة انفرج في السفس وقد أكرها لم يحمله الرد لأن تعدر الانتفاع يرجع لمعى في غير المعقود عليه .

حاء في المهر ( حره أول ص ٤٠٥ - ص ٤٠٦ ) : ديدا وحده المستأخر ما عين المستأخرة عباً حمله أن يرد ، لأن الإحارة كالبيع . . والعيوب الذي يرد ، ما تنقص به المففعة ، كعثر الطهر في المشى والعرج الذي سأخر به عن القافية وصعب البصر والجوام والبصر في المستأخر للخدمة وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء في الثر والعين والعيوب الذي يتمتع به الثرب أو الوصوه وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المففعة ، فأما إذا أكرى طهراً فوحده حشيش المشى . يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المففعة . وإن أكرى طهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرص أو دهاب المال لم يحمله الرد . وإن أكرى حمالاً فعجز عليه ما يوقه . لم يحمله الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعدر الانتفاع لمعى في غيره فلم يحمله الرد ، كما لو اشترى طهراً للحج عليه فعجز عن الحج بالمرص أو دهاب المال . وإن أكرى أرضاً للزراعة فررعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد



وجاء أيضا ( نهاية المحتاج ٥ ص ٣١٧ ) : « وتعتل الرحى بانقطاع مائها والحمام نحو خلل ابنتها أو نقص ماء بئر فيها يفسدها ، كذا قلاه ، وما اعترض به من كونه مبنيا على الضعف في المسألة بعده يمكن حمله على تعدد سوق ماء إليها من محل آخر كما يرشد لذلك قولهم الا في إمكان سقيها بماء آخر ، . وجاء أيضا ( نهاية المحتاج ٥ ص ٣١٨ ) : « الأصل يفتنى مع الإجارة لأنها بيع معدوم . وإما جورت للحاجة ، فاعتقر فيها الفسخ ، بخلاف البيع . »

### المذهب الحنبلي :

والأصل أيضا في المذهب الحنبلي ألا تنسخ الإجارة بالعذر ، إلا إذا أوجب حلالا أو عيبا في المعقود عليه بعض به المنفعة أو تعدد استيعابه المنفعة عذراً شرعياً . فإن تعدد ربيع بسب عرق الأرض أو انقطاع مائها ، فليس تأخر الخيار لأنه لم يفسد في العين ، وإن قل الماء بحيث لا يكو المزرع فله الفسخ لأنه عيب ، أما إذا عرق الربيع أو هلك تحريق أو حراد أو برد أو غير ذلك فلافسخ لأن تنازع غير المعقود عليه . وتنسخ لإجارة موت المرصعة وموت الخلف ، لتعدد استيعابه بمعقود عنه ، وكذا لو تضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة . ولا يعتد بالعذر في غير ذلك ، إلا أن المذهب الحنبلي يريد أن يعدد بالعذر في غير ذلك إذا كان حادثاً عاماً يعمل جميع الناس لا خاصاً بآدمي وحده . وفي هذا يقرب المذهب الحنبلي من لقانون المدني المصري فيما قدمه . والخوف العام الذي يمنع من سكني المساكن الذي فيه العين المستأجرة . أو حصر البلد بحيث يمنع الخروج من الأرض المستأجرة للمزراع . كل هذه أبعاد ثبتت بها الخيار لأنها عامة شائعة للناس . أما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر . كأن يخاف وحده فخرت أعدائه من الموضع المستأجر أو حوله في طريقه ، وكان يحبس أو يمرض

أو سبب متاعه ، فلو كانت هذه بأعداد لأنها خاصة به ولا تمنع استيفاء المفعة  
منها مطلقا .

حاء في المهر ( جزء ٥ ص ٤١٨ ) : : القسم الخامس أن يحدث خوف عام  
بمع من مكن لك المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو تحصر به فيتمتع  
بخرجه من الأرض المستأجرة بمرح وبخو ذلك ، فهذا ينت للمستأجر  
حجر منع ، لأنه أمر غالب بمع المستأجر استيفاء المفعة فثبت اختيار  
كذلك العين وهو مستأجر دونه لركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين ،  
فإن لم يأت الطريق رايه خوف حادث ، أو اكرتري في مكانه لم يمنع ذلك  
لأنه من رثت له بين فكل واحد منهما فصح لإحاطة وإن أحب إيفاءه  
إلى كل واحد منهما بدونه المدة حال ، لأن الحق لهما لا بد منهما ، فأما إن كان  
أحد من خاص المستأجر من أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع  
المستأجر ، فإنه في طريقه ، فيمنع النسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع  
سببه للمفعة مكلية ، وشبه مرضه . وكذلك لو حرس أو مرض  
أو صعدت منه أو ملك مائة ، لم يملك فسخ الإجارة لذلك ، لأنه نزل  
استداده للموقع مع في جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجره عليه كما لو تركها  
أحد . . . ( جزء بقص ( المص ٥ ص ٤٤٥ - ٤٤٦ ) . . . و متى عرق لروع  
أو هبت بحرقة أو حراد أو برد أو غيره ، فلا ضمان على المؤجر ولا حيا .  
لمسكترى . من عليه أحمد ولا يعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي . لأن  
الثالث غير المفقود ، وإنما سبب مال المسكترى فيه فاشه من اكرتري ذلكا  
فاحترق متاعه فيه . . . وإن تعذر ررع لأرض أو امتناع مائه ، فليسناجر  
أخيرا لأنه لمع في العين . وبقل الماء بحيث لا يكفي لروع ، فهو أفسح  
لأنه يجب . . . وجاء أيضا ( المص ٥ ص ٤٥٦ - ٤٥٧ ) : : و تنصيح  
الاجارة بموت المرصعة لموات المفعة هلاك محبا . وحكى عن أبي بكر أنها  
لا تنسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين . ولذا أنه

هلك المعقود عليه ، أشبه ما لو هكت الهيمة المستأجرة . وإن مات المثل  
انفسح العهد . لأنه يعتبر استبقاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن إقامة غيره  
مقامه لاختلاف الصيان في الرضاع واختلاف المن باحتلافهم فإنه قد يدر  
على أحد الولدين دون الآخر . وهذا مخصوص الشافعي . ، وحاء أصا  
( المع ٥ ص ٤٩٥ ) . وإن برأ العرس قبل قلعة انفسحت الإحالة .  
لأن قلعه لا يجوز . . وإن لم يرأ السكن انفسح المستأجر من قلعه لم يجوز عليه .  
لأن إتلاف حرم من الأدمى حرم في الأصل . وإنما أيج إذا صار أهله  
ضرراً وذلك مفروض إلى كل . من في نفسه إذا كان أهلاً لذلك . وصاحب  
العرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة . .

## ب - الجوائح في بيع الثمار

### المراهم المختلفة :

كما أن احصية مسحون المحال نظرية الصبح بالعد في عقد الإيجار .  
كذلك ترى المسكية بمسحون المحال نظرية يقاص اثر الجوائح في بيع  
الثمار وينتق الحسنة مع المسكية في نظرية الجوائح . أما الشافعية والخطبة  
فلا يقررون هذه النظرية .

### معنى الجائحة :

الجائحة هي ما يصيب الثمر من اسماء كالبرد أو من آفة كالحص ، وانعاش  
يعتبر جائحة لاختلاف .

فإذا كانت الجائحة من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رأى جائحة  
وعصم يره جائحة . والدين رأوه جائحة انقسموا قسمين . فبعض رأى منه  
جائحة ما كان غاليا كالجنس . ولم ير ما كان منه بمعاوضة (الأحد على عرة)  
جائحة مثل لسرقه . وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة

بأى وجه . من جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت إرب مع الله الثمرة ، ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية . ومن استثنى النص قال يمكن أن يتحفظ منه . ( بداية المختار لابن رشد ٢ ص ١٥٤ ) . فدون ذلك آراء ثلاثة في مذهب مالك : فرأى يذهب إلى أن الجائحة في الأمور السماوية وحدها . ورأى ثان يذهب إلى أن الجائحة تشمل أيضا أفعال الآدميين التي لا يمكن التحرر عنها . ورأى ثالث يذهب إلى أن الجائحة تشمل جميع أفعال الآدميين حتى تلك التي يمكن التحرر منها مادامت من غير فعل المشتري .

ومحل الجوانح هي اثمار والقول . فاما اثمار فلا خلاف فيها وأما القول ففيها خلاف والأشهر فيها الجائحة . وإنما اختلفوا في القول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل وهو الثمر ( ابن رشد ٢ ص ١٥٤ ) .

والأصل في بيع اثمار أن يباع على الشجر قائمة قبل جنيها . وبفسلها المشتري وهي لارال قائمة على اشجر وبحسبها عادة بالتدريج بمجرد وصولها . ومذهب مالك يحير بيع اثمار إذا نلاحقت آحادها ، فداع ماظهر منها وما لم يظهر . فإذا كان المشتري قد تسلم اثمار وهلكت بجائحة كلها أو بعضها بعد التسليم وإن كانت لارال قائمة على الشجر ، فهلاكها على المشتري كما تقتضي القاعده العامة . وهذا يقول المذهب الحنفي ومذهب الشافعي . أما المالكية واختلافه فيذهبون إلى أنه بالرغم من أن المشتري قد تسلم اثمار ، فإنها لارال قائمة على اشجر . فهلاكها بالجوانح غير المنظورة يكون على البائع . لأن طبيعة البيع تقتضي ذلك فلا يرال البائع مسئول عن سلامة الثمار وريها مادامت لا تزال قائمة على الشجر ، وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الحوادث لطائفة .

## حكم الجوائح في المذهب المالكي :

وقت إصابة ثمار بالخائفة : هو الوقت من يحتاج فيه من تبقية الثمر على رؤوس الأشجار حتى يسوق فيه . واحتملوا إذا سبق المشتري ثمار بعد أن استوفت طريها ليدها على البصاة شيء فبش ، وفقد فيه الخائفة تشديدا ، زمان المفق عليه ، وقيل ليس فيه خائفة ثم يقامه وبين زمان المفق عن وجوب نفسه بالخائفة فيه . وبيّن أن هذا زمان يتسهل به المفق عليه من جهة واحدة من جهة . فمن عيب الأسوأ وجب فيه الخائفة . ومن عيب الاختلاف . يوجب فيه خائفة . أنه من أن لا يضر به . والشراء كما يجب من وجوب الخائفة فيه . ومن أن لا يضر به . وقال ليس فيه خائفة . ومن هذا حديثه في وجوب الخائفة في المفق . ( ابن رشد ٢ ص ١٥٥ )

المفق : الذي يجب فيه الخائفة وكسبه يتصل بشئ . والمفق الذي يجب فيه الخائفة في ثمر هو ثلث . وأما المفق في أصله . وقيل لا يضر بالثالث فوجب الخائفة حتى في أن من ثلث ما قامت به من ثمره . ومن عيب الخوف بما حوت به من ثمره أن يبقيه الخائفة . وفي المذهب المالكي رأوا في كمية حساب الثلث : ( ١ ) من تقاربه بحسب ثلث الأثر بالسكن أولا ، وبدايع الحصاد هـا . ثم من التكيل . فإن كانت ثمره واحدا لا يختلف فجه بطوله ، حط من الثلث الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة . وإن كانت الأثر أنواعا كبيرة مختلفة فقيم أول كل منها باختلاف قيمه بحسب وقت حصيله . اعتبرت قيمة الثلث حالف من فجة الجمع . ( ٢ ) وأشبه بعض السلف في القيمة ، فإذا ذهب من الثمر ما قيمته ملك ، سواه كان في التكيل أو أقل أو أكثر وضع عنه ثلث من ثمر . ( ابن رشد ٢ ص ١٥٤ ) .

جمه في بدية المجتهد لا س . ( ٢ ص ١٥٥ ) . والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث أنوار فيه مطلقاً



بأن القليل في هذا معوم من حكم العادة أنه يحالف الكثير ، إذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمرة . فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة ، وإن لم يدخل بالنطق . وأيضا فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير ، قالوا وإذا وجب المرق وجب أن يعتبر فيه الثلث إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة . وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل ، مرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله إياه ههنا ، ومرة يجعله في حيز القليل ، ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير . والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة (١) لقلت بالقليل والكثير . وكون الثلث عرفا بين الملبس والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام اثلث وثلث كثير .

وجاء في المدونة الكبرى (جزء ١٢ ص ٢٥ - ٢٦) . قلت لابن الماسم رأيت المقاتي هل فيها جائحة في قول مالك ، قال نعم إذا أصابت الثلث فصاعداً وضع من المشتري ما أصابت الجائحة . قلت أرأيت إن اشتراها وفيها طيخ وقثاء ، فأصابت الجائحة جميع ما في المقثاء من ثمرتها وهي تطعم في المستقبل ، كيف يعرف ما أصابت الجائحة منها ؟ قال ابن القاسم تفسير ذلك أنه يكون مثل كراء الأرضين والدور ، إنه ينظر إلى المقثاء كم كان نباتها من أول ما اشترى إلى آخر ما ينقطع ثمرتها . فيطر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها ، فإذا كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة ، نظر إلى قيمة ما قطف منها ، فإن كان قيمته النصف أو أقل من الثلث لم يكن له إلا قدر ذلك . لأن حملها في الأشهر ونماقها في الأشهر مختلف ، فتقوم ويقوم ما في

(١) والشافعي يميز بين فرضين ، (أ) بيع المشتري مع البائع على نقاء الثمر على الشجر إلى يوم قطعه فلا يعتبر أنه قد تسلمه قبل تسليمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقاً للقاعدة العامة من أن الهلاك على البائع قبل التسليم . (ب) يخلو البائع الثمار من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطوعها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقاً للقاعدة العامة أيضاً من أن الهلاك على المشتري بعد التسليم .

من النبات مما لم يأت بعد في كثرة نباته ونفاقه في الأسواق بما يعرف من ناحية نباته ، فينظر إلى الذي لم تصبه الجائحة فيقوم على حدته ، ثم يقوم الذي أصابته الجائحة على حدته ، فينظر ما مبلغ ذلك من جميع الثمرة . فإن كانت الثمرة التي أكلها المشتري هو نصف القيمة أو أقل من النصف أو أكثر ، فربما كان إطعام المقتاة في أوله هو أقله وأغلاه ثمنا تكون البطيخة أو الفقوسة أو القثاء عشرة أفلس أو بنصف درهم أو بدرهم والبطيخة مثل ذلك وفي آخر اربمان تكون بالفلس والفلسين والثلاث ، فيكون القليل الذي كان في البطن الأول أكثر المقتاة ثمنا لنفاقه في السوق ، وعلى هذا يقع شراء الناس وإنما يحمل أوله آخره وآخره أوله . ولو كان وإنما وقع الشراء على كل بطن على حدته لكان لكل بطن جزء من الثمن مسمى . وإنما نحسب بطون المقتاة التي تطامم فيه بقدر إطعامها من قدر نفاقها في الأسواق من كل بطن ، ثم يقوم ما أطمعت في كل رمان على قدر نفاقه في الأسواق في كل بطن ، ثم يقسم الثمن على جميع ذلك . فإن كان البطن الأول هو النصف أو النشيز رد بقدر ذلك ، وإن كان البطن الآخر الذي انقطع فيه هو النصف أو النشيز رد بقدر ذلك ، ولا يلتفت إلى نباتها في إطعامها فيقسم على قدر كثرتة وعدده من غير أن ينظر إلى أسواقه ، ولكن ينظر إلى كثرتة ونفاقه في الأسواق ، . وجاء أيضا ( المدونة ١٢ ص ٣٧ ) . « رأيت البقول والكرات والذائق وما أشبه هذا والجزر والبصل والفجل ، إذا اشترى الرجل هذه الأشياء التي ذكرت لك وما أشبهها فأصابته جائحة أقل من الثلث ، هل يوضع عن المشتري شيء أم لا ؟ قال قال مالك أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابته الجائحة منها قل أو أكثر ، ولا ينظر فيه إلى الثلث . وقد ذكر علي بن زياد عن مالك أن البقل إذا أنفقت جائحته الثلث وضع عن المشتري ، وإن لم تبلغ الثلث لم يوضع فيه شيء . » . هذا ويبدو أن الرأي الذي يذهب إلى أن يوضع عن المشتري في البقول كل ما أصابته الجائحة قل أو أكثر ولا ينظر إلى الثلث ، إنما يعتمد على

أن يقول نحتاج إلى ماء كثير ، فإذا أصابتها جائحة رجع هذا في الغالب إلى العطش ، والنابع مستول عمه دائما .

وجاء أيضا في المدونة الكبرى (جر ١٢٠ ص ٣٧ — ص ٣٨) في تعداد الجوائح . « قلت أرأيت الجراد أهو جائحة في قول مالك أم لا ؟ قال الجراد جائحة عند مالك . قلت وكذلك البار في قول مالك ؟ قال نعم . قلت وكذلك البرد والمطر والطير العال نأتى فثا كل اثرة والدود وعفن الثمار في رؤوس الشجر والسموم نصيب الثرة والعطش يصبب الثرة من انقطاع ماؤها أو السماء احتستت عن الثرة حتى ماتت أنرى هذا من الجوائح ؟ قال قال مالك في الماء إذا انقطع عن الثرة ماء العيون وصع عن المشتري ماذهب من الثرة من قبل الماء قليلا كان أو كثيراً ومابقى فهو للمشتري بما يصببه من الثمن . . قلت وماء السماء إذا انقطع عن الثرة . . ؟ قال لم أسمع من مالك في ماء المطر شيئاً ، إلا أنه قال ما كان من فساد اثرة من قبل العطش من الماء وصع عن المشتري قليلا كان كثيراً ، فأرى ماء المطر وماء العيون سواء . . وأما ما سألت عمه كله فإن ذلك جائحة من الجوائح توصع عن المشتري . . وقال مالك في الحبش يمرون بالحل يأخذون ثمرته ، قال هو جائحة من الجوائح . قال ابن القاسم ولو أن سارقاً سرقها كانت جائحة أيضاً في رأيي ، قال ابن نافع ليس السارق بجائحة ،

### حكم الجوائح في المذهب الحنبلي :

المذهب الحنبلي يقرر إيقاص الثمن للجائحة كالذهب المالكى . ويبين ذلك على أن بيع الثمار قائمة على الأشجار وإن خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضاً كاملاً ، حكم الهلاك بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على البائع ، ويقول ابن قدامة . « ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض ، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من صلبان

المؤجر ، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالنافع توجد حالا خالاً ، وقياسهم يبطل بالتحلية في الاجارة ، ( المغنى ٤ ص ٢١٦ ) .

والجائحة في المذهب الحنبلي كل آفة لا صنع للآدمي فيها ، كالريح والبرد والجراد والعطش ، لما روى أن النبي عليه السلام قصى في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي السيل وفي الريح ، وهذا تفسير من الراوى لكلام النبي عليه السلام فيجب الرجوع إليه . وأما ما كان بفعل آدمي ، فالمشترى بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بأشئ وبين القاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع بدله بخلاف البائع بالجائحة ( المغنى ٤ ص ٢١٦ ) .

وطاهر المذهب أنه لا يشترط الثلث في الجائحة ، ولا يعتذر إلا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينعبط فلا يلتفت إليه . قال أحمد إنى لا أبول في عشر ثمرات ولا عشر ثمره ، ولا أدرى ما الثلث ، ولكن إذا كانت جائحة لتلف الثلث أو الربع أو الخمس توضع . على أن هناك رواية أخرى في المذهب تشترط الثلث في الجائحة ، فما كان دون الثلث فن صمان المشتري ، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم ، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتثر الريح ويسقط منها ، فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والثلث قد اعتبره الشرع في مواضع منها الوصية وعطايا المريض ، والثلث حد بالكثرة وما دونه من القلة ، بدليل قول النبي عليه السلام في الوصية الثلث والثلث كثير ، فبدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به . ولكن قول طاهر الرواية ، وهو عدم اشتراط الثلث ، يمنح له عموم الأحاديث ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع وإن كان قليلا كاتى على وجه الأرض ، وما أكله المطر أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرر منه

فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . ومن ثم إذا تلف من الثمار قدر خارج عن العادة وضع من اثنتي عشرة مائة ، فإن تلف كل الثمر بطل العقد ورجع المشتري بجميع الثمن . وعنى الرواية الأخرى يعتبر تلك المبلغ ومن ثلث القيمة ، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن ( المعنى ٤ ص ٢١٦ - ٢١٧ ) .

فإن تلفت ثمرة أو ان الجذاذ فلم يجزها حتى احتست ، لم يوضع شيء من الثمن لأن المشتري مقرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه . ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت ، فهي من ضمانه لأن تلفها تفریطه ، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها ( المعنى ٤ ص ٢١٧ ) . وهذا بخلاف ما إذا استأجر أرضاً وردها فتلف أررع ، فلا شيء على المؤجر ، نص عليه أحمد ولا يعلم فيه خلاف ، لأن المعقود عليه منافع الأرض ، ولم تلف ، وإنما تلف مال المستأجر فيها ، فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثياباً فنفت الثياب فيها ( المعنى ٤ ص ٢١٧ ) .

جاء في المنز ( جزء ٤ ص ٢١٥ - ٢١٦ ) : « إن ما نهى الجماعة من الثمار من ضمان البائع ، وبهذا قال أكثر أهل المدينة ، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيدة وجماعة من أهل الحديث ، وبه قال الشافعي في القديم . وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري ، لما روى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأدهبها الجماعة فسالته أن يضع عنه فتألى ألا يقل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تألى فلان ألا يفعل خيراً ، متفق عليه . ولو كان واجباً لأجبر عليه ، لأن التحلية يتعلق بها جوار التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ، ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بأتلاف غيره . ولما روى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوامع ، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن بيعت من أحبك ثمراً

فأصانته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، لم تأخذ مال أحبك بغير حق . وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه . قال الشافعي لم يثبت عدى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وأثبت لم أعده ، ولو كنت قائلا بوضعها لوضعها في القليل والكثير . قننا الحديث ثابت . . . ولا حاجة لهم في حديثهم فإن فعل الواجب خير فهذا تألى ألا يفرض الواجب فمد تألى ألا يفعل حيرا ، فأما الإحار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعى من غير إقرار من البائع ولا حصول ، ولأن التحلية ليست بقبض تام بدليل مانع تام بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام لقبض بدليل المانع في الإجارة بإباحة التصرف فيها ولو تلفت كانت من صمان المؤجر ، كذلك اثره إباحة في غيرها كالمانع قبل استيفائها . توجد حالا خلا ، وقياسهم يبتل بالتحلية في الإجارة : (١)

(١) انظر في مثل آخر للحوادث الطارئة في الفقه الإسلامي ، كساد العملة وانقطاعها وتغير قيمتها ( رسالة أبي حامد في العقود ) ص ٦٥ حتى ٦٧ - حاشية ابن عسدين ( ص ٤ - الهداية ص ٢٨٢ - ص ٣٨٤ - الزيلعي ص ١٤٢ - ص ١٤٣ - رسالة الدكتور محمد الحصاد عند الحوادث السابق الإشارة اليها ص ٢٧٤ - ص ٢٨٦ .

# الفرع الثاني

## المسئولية العقدية

### المبحث الأول

#### المسئولية العقدية

##### في الفقه العربي

#### كيف نفهم المسؤولية العقدية :

قيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لا يتم المدين تنفيذه . ففي هذه الحالة تنعش على المدين تنفيذ التزامه العقدي تنفيذاً عيبياً متى كان ذلك ممكناً . فإذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن ، أجب المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية ، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام ، لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني — أو أمكن ولكن الدائن صلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني — ففي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام .

وهنا تقوم المسؤولية العقدية ، فالدائن يطالب المدين بالتعويض ، فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذه التزامه العقدي ؟ ويكون لمدين مسئولاً عن عدم تنفيذ التزامه ، ويحكم عليه بالتعويض ، ما لم يثبت أن تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يده فيه . وهذه المسؤولية عن التعويض هي المسؤولية العقدية .

ونرى من ذلك أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام  
العقدى . وهى أيضا لا تحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد أصبح تنفيذه  
مستحيلا بسبب أجنبي . فلا تحقق المسؤولية العقدية إذن إلا إذا لم ينفذ المدين  
الزامه العقدى تنفيذاً عينياً . وفى الوقت ذاته لم يستطع أن يثبت أن التنفيذ  
قد أصبح مستحيلا بسبب أجنبي .

وأركان المسؤولية العقدية ثلاثة : ( ١ ) الخطأ العقدى . ( ٢ ) الضرر  
( ٣ ) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

## المطلب الأول

### الخطأ العقدى

#### مآلناه :

الأصل أن يكون المدين مسئولاً عن خطأه العقدى ، وقد تعدل قواعد  
المسؤولية للعقدية بالانعاق . فعندما إدس مسألتان : ( ١ ) ماهو الخطأ العقدى  
( ٢ ) تعدل قواعد المسؤولية لعقدية بالانعاق .

#### ١٥ - ماهو الخطأ العقدى

الخطأ العقدى هو عزم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد :

إذا لم يرق المدين فى العقد بتنفيذ التزامه ، كان هذا هو الخطأ العقدى .  
ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن  
إهماله أو عن فعله ( أى دون أن يثبت فى جابه عمد أو إهمال ) . بل إن الخطأ  
العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي  
لا يبدله فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه إذا



سلمنا بتحقق الخطأ المقدي، فإن علاقة السببية — وهي ركن في المسؤولية العقدية — مع ذلك تعدم، فلا تحقق المسؤولية على ماسئري.

### الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل العناية:

ويجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزام:

فهناك التزام نفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام فالالتزام بنقل حق عيني كقول ملكية المبيع إلى المشتري، والالتزام بعمل معين كتسليم عين أو إقامة مبنى، والالتزام بالامتناع عن عمل معين كالكف عن المسافة وعدم البناء على مسافة معلومة، كل هذه التزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هي نقل الحق العيني أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل، فنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية. فإذا لم تحقق الغاية — أيا كان السبب في ذلك — بقي الالتزام غير مفذ. وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسي بعبارة «الالتزام بنتيجة» *obligation de résultat* ونسميه نحن «الالتزام بتحقيق غاية».

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام بذل الجهد للوصول إلى غرض، نحقق هذا الغرض أو لم نحقق. فهو إذن التزام بعمل هو بذل الجهد، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته، والمهم فيه أن يبذل المدين لسفيذه مقداراً معيناً من العناية. والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق. ففي بذل المدين العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ التزامه، حتى لو لم بتحقيق الغرض من بذل هذه العناية. فالمستأجر يجب أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ / ١ مدني)، دون أن يزيد أو ينقص. وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل

في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ / ١ مدني)، فيجوز إذن أن يزيد على ذلك. وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أن يزيد من عناية الرجل المعتاد فيجوز أن ينقص عن ذلك، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد دون أن يريد أو ينقص (م ٧٢٠ مدني). ومن ذلك نرى أن الأصل في العناية التي تتطلب من المدين هي عناية الرجل المعتاد، وقد يتطلب القانون أو الاتفاق عناية أكبر أو عناية أقل في بعض حالات معينة، وقد عرصت المادة ٢١١ مدني لهذه المسألة فصت على ما يأتي: ١٥ — في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوحي الخطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله اشخص العادي، ولو لم يتحقق العرص المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره ٢ — وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من عش أو خطأ جسيم. وقد اصطح على تسمية هذا النوع من الالتزام في لفظه الفرنسي بعبارة «الالتزام بوسيلة» (obligation de moyen)، ونسبته نحن «الالتزام ببذل عناية».

وبذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدي هو عدم تمييز المدين لالتزامه بالشيء من لعقد، وجب أن يمر في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام. فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية، أما كان السبب في ذلك ولو كان هذا السبب هو القوة القاهرة. والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة، فإذا بذلت هذه العناية فلا خطأ ولو لم يتحقق العرص المقصود.

## إثبات الخطأ العقدى :

الأصل أن الدائر هو المكلف بإثبات الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عندما يطالب الدائر المدين بتنفيذ التزامه عيناً ، فعلى الدائر فى هذه الحالة أن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام ، فإذا ادعى المدين أنه نفذ التزامه فعليه هو أن يثبت ذلك ، وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني .

أما فى إثبات الخطأ العقدى فالأمر مختلف : الدائر يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً ، بل يطالبه بالتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . والدائر هو الذى يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض ، فعلى الدائر إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه ، فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً للحصاة لعقدى على النحو الذى أسلفناه .

فى الالتزام بعناية كالتزام الناح بقول ملكية المبيع ، يثبت المشتري عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه ، ويثبت بذلك فى جانب الناح خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن ينفذ بإثبات أنه بذل كل ما فى وسعه ليقول ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع ، لأنه منزه من تحقق غاية ولا يحققها . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأخرى لى علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت فى جانبه ومسئوليته العقدية متحققة ولما نفع ، عندما ثبت المشتري عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً بترك المشتري يثبت خطأ العقدى على النحو الذى بيته ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قام بتنفيذ التزامه عا ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض ، فمحرج بذلك من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني .

وفى الالتزام بعناية ، كالتزام الطبيب بمعالجة المريض ، يثبت المريض أن الطبيب ألزم بمعالجة . وهذا هو العقد مصدر الالتزام — ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبدل فى علاجه العناية المطلوبة ، بأن يثبت

على الطبيب إهمالاً معيّاً أو انحرافاً عن أصول الصفة . فإذا أثبت ذلك ، كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدي . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، مالم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذ التزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتعذر علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي ، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تميزاً عيبياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض (١) .

### نظرية مهجورة — نزوح الخطأ :

وهاء نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي إلى خطأ عمد وخطأ غير عمد . فالخطأ العمد بدال عنه المدين في أي العقود وفي جميع الأحوال .

(١) وهناك رأى آخر يلعب إلى ان عدم الإتيان بمع على المدين ، سواء كان ذلك في نطاق استيفاء العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية . فالدائن ثبت فام انعقد مصغر الالتزام ، وعلى المدين بعد هذا ان ثبت انه فام تنفيذ الالتزام ، فان عجز عن ذلك حكم عليه بالتعويض العيني أو بالتعويض . وبخلص من ذلك ان المدين في المسؤولية العقدية هو الذي يقع عليه عدم الإتيان ، اما في المسؤولية التعصيرية فالدائن هو الذي يقع عليه اليات انخطا تعصيري . ويرد ذلك ان الخطأ التعصيري هو اخلال بالتزام قانوني فام بالامتناع عن الاضرار بالغير ، ولا كان هذا الالتزام يرسب في دمة الناس كافة . فمن المعلوم ان يفرض انه مرمي مفد حتى يثبت الدائن ان شخصاً بالذات لم ينفذه . اما الخطأ العقدي فهو اخلال بالتزام عقدي مرسب في فئة معين بالذات ، فعلى هذا المدين ان يثبت انه فام ساعد التزامه طبقاً للقواعد المقررة في الاتبات ، والا لزم بالتسليم العيني أو بالتعويض . ومهما يكن من امر هذا الخلاف ، فان اثره محدود من الناحية العملية . ففي العمل يبدأ الدائن بالتصريح بمصغر الالتزام ، ثم هو لا يقف مكتوف اليدين بعد ذلك ينتظر ان يثبت المدين انه نفذ الالتزام او حتى يصجز عن هذا الاتبات ، بل هو يبدأ المدين مقدماً بما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة ، بل يقدم بادلته هو أيضاً ليستأنه قد فام تنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بادلته ، والفاقوسواؤن ما بينهما ، ويحكم لمن ترجح ادلته أدلة الآخر . فان كان هو الدائن حكم له بالتسليم العيني أو بالتعويض ، بعد ان ثبت عنده ان المدين لم يقم بتنفيذ التزامه . وان كان هو المدين ، رفض طلب الدائن ، بعد ان ثبت ان المدين قد فام تنفيذ الالتزام او برئت ذمته منه .

ويقسم الخطأ غير العمد إلى أسماء ثلاثة . ( ١ ) خطأ جسيم ، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المجهل ، وهو أقرب ما يكون إلى الخطأ العمد ويلحق به . ( ٢ ) وخطأ يسير ، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معتاد . ( ٣ ) وخطأ ناه ، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حارم حريص . ثم نقسم العقود إلى طوائف ثلاث : ( ١ ) عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم لأنه لا ينفع بالعقد أصلاً . ( ٢ ) وعقد لمنفعة المتعاقدين معا كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير لأنه منفع بال عقد هو والدائن على السواء . ( ٣ ) وعقد لمنفعة المدين وحده كالكفالة ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ الناه لأنه ينفع وحده بالعقد . وقد نسبت هذه الطريقة خطأ إلى القانون الروماني ، وهي ليست منه بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم . وهجرت في القانون الحديث ، إذ هي مستمدة من ماحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما نقول به من التدرج

أما من ناحية العموم ، فالنظرية ليست صحيحة فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الصنف من الالتزامات ليست إلا عدم تنفيذ الالتزام ، فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدي في جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه ، وقد يكون مقصراً بتقصير أجسما ، أو تقصيراً يسيراً ، أو تقصيراً ناهياً ، بل قد لا يكون هناك أي تقصير في جانبه . فالخطأ العقدي قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خضاه في جميع هذه الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك ، فقنا إن المدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطأه العقدي قائماً لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تنفي بوجود السبب الأجنبي ، فتعدم المسؤولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ .

وأما من ناحية التدرج ، فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن حتى إذا

قصرها بطريقة تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا تدين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ ناهه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة لدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معا أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ هذه التقسيمات جملة واحدة ، فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان العرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معا ، يلزم المدين بذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه ، تصبم العقود إلى طوائف ثلاثة ونقسم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب في جميع العقود ، كاصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية رجل المعتاد . وذلك هو أيضاً شأن التقنين المدني المصري ، فقد جاءت المادة ٢١١ مدني — وقد سبق ذكرها — واضحة كل الوضوح في نبي طريقة ندرج الخطأ ، وفي أن الأصل أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد وإن كان يجوز الحرج على هذا الأصل بنص القانون أو بالاتفاق .

وقد نص القانون فعلاً في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد ، كما رأينا فيما تقدم . كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أريد أو أقل ، بل يجوز لها الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أصلاً إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم ، وهذا ما نقتل الآن إليه .

## ٢٥ — تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق

الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق :

ولما كانت المسؤولية العقدية مصدرها العقد ، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية ، فإن لها أن تعدلها .

فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

**مبدأه في جواز تعديل المسؤولية العقدية بالاتفاق :**

يمكن رد أحكام جواز التعديل الاتفاقى للمسؤولية العقدية إلى مبدئين رئيسيين :

( المبدأ الأول ) يقضى بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية . فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية ، بأن يجعل المدين مسئولاً عن السبب الأجنبي ويكون هذا بمثابة تأمين لسائين . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها ، ألا يجعل المدين مسئولاً حتى عن قصيره .

( المبدأ الثاني ) يقضى بأن النظام العام يفيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإغناء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدى ، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض ، وهذا لا يجوز . والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد ، وبأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعي نفسه من المسؤولية عن فعل الغير ، حتى لو كان هذا الفعل عمداً أو خطأ جسيماً ، فإن عمد الغير أو خطأ الجسيم لا يزل منزلة الشرط الإرادى المحض .

**تطبيق المبدئين على الالتزام بفاية والالتزام بفناية :**

تندرج العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدى تدرجاً ملحوظاً . وتندرج هذه العناية بحيث تندرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط إلى الخطأ التافه ، هو القدر الذى يصلح للبقاء في رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه

الخطأ المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذي قامت عليه النظرية ، فهذا هو الذي ظهر فساداً وكان السبب في هجر النظرية . وبعد هذا التمهيد نطبق المبدأين المتقدمين الذكر على الالتزام بعناية والالتزام بنعابة .

في الالتزام بنعابة ، كاللزام أمين النقل بنقل البضاعة سالمة أو الراكب سالماً ، يبلغ مقدار العناية المطلوبة من أمين النقل الدرجة لقصوى إذ يصل منه دائماً تحقيق لعناية المتعاقد عليها ، فلا تنبئ مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون أمين النقل مسئولاً عن الفعل العمد وعن أى خطأ — جسماً كان أو يسيراً أو نافعاً بل وعن الفعل مجرداً عن أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن تصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي . وهذا ضرب من التأمين يلتزم به أمين النقل نحو صاحب البضاعة أو الراكب . كذلك يمكن أن تصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صورها . فلا يكون أمين النقل مسئولاً عن فعله المجرد من الخطأ . وعدد ذلك ينقلب الالتزام بنعابة إلى التزام بنعابة ، ولا يكون أمين النقل مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو نافعاً . وقد يتدرج أمين النقل في التخفيف من مسؤوليته ، فيشترط إعفاءه من مسؤوليته عن الخطأ النافع ، ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى ، لا يكون مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن في جانبه العمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا فقط يستطيع أن يصل في التخفيف من مسؤوليته ، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم ، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك كما قدمنا . وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق البيع — وهو الزام بنعابة — يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام ، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدني على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يربذا ضمان الاستحقاق ، أو أن يقصدا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان » .



ثم نصت الفقرة النائية من المادة ذاتها على أنه « يقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان المانع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » . وكذلك الأمر في ضمان لعبوب الحفنة في المبيع ، حيث نصت المادة ٥٣٣ « مدعى على أنه يجوز للتعاقدین باتفاق خاص أن يريدا في الضمان أو أن يقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان المانع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة ، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص ، هي عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المستأجر مثلاً مسئولاً في حفظ العين المؤجرة عن السب الأجنبي ، ولا عن الفعل المنحرد عن الخطأ ، ولا عن الخطأ النافه . ويكون مسئولاً عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير . وقد يشدد اتفاق خاص هذه المسؤولية فيصبح المستأجر مسئولاً عن الخطأ النافه ، ثم عن الفعل المنحرد عن الخطأ . وهنا يقلب الالتزام بعناية إلى التزام بعناية ، إذ يصبح المستأجر مسئولاً عن تحقيق عناية هي رد العين المؤجرة سالمة ، ولا يتخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات سبب الأجنبي . وقد يشدد الاتفاق من مسؤوليته إلى مدى أبعد ، فيصبح مسئولاً حتى عن السب الأجنبي ، وهذا أصعب من التأمين يقدمه المستأجر للتوثر كما أسلفنا القول . وقد تتخفف المستأجر من مسؤوليته باتفاق خاص ، فلا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير ، ويبقى دائماً مسئولاً عن الفعل لعمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما ، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير (١) .

(١) ويقع أن تشترط شركة اعمامها من المسؤولية التقديرية من العش أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها ، فتجب ملاحظة أن مدير الشركة لا يصير وكيلاً عنها ، بل يصير أداة *organe* لها . ومن ثم تكون مسؤولية الشركة عن فعله مسؤولية من فعل شخصي لا عن فعل الغير ، فلا يجوز ادعى للشركة أن يعفى عنها من المسؤولية من العش أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك ممزولة سواء . وتستطيع شركات التعل أن تعفى نفسها من المسؤولية عن المرفقات التي يرتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير ، ولكن هذا الشرط إذا فرضه شركات التعل الكبرى على عمالها يصير شرطاً ائماناً يجوز للقاضي إبطاله .

ونرى من ذلك أن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى الالتزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام عناية ، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السلب الأجنبي ، إلى الفعل المجرد عن الخطأ ، إلى النقص التافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، تدرج المدين في مسؤولته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق ، ولا ينفذ دون ذلك هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام عناية والالتزام بعناية .

## المطلب الثانى

### الضرر

**الضرر المادى والضرر الأدبى — مدى التعويض عن الضرر :**

يعرض المدين الدائن ما أصابه من ضرر مادى وضرر أدبى ، ولكن لا يعرضه فى المسئولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع . فمعدنا مسألان :

(١) الضرر المادى والضرر الأدبى (٢) مدى التعويض عن الضرر .

## ١٤ — الضرر المادى والضرر الأدبى

### الضرر المادى :

يجب التعويض عن كل ضرر مادى حال ، أو ضرر مستقر إذا كان يحقق الوقوع .

فإن لم يقع ضرر أصلاً ، فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الزاكن فى إرضاءه لى المهاد المحدد قد لا ينجر عنه أى ضرر ، فلا يرجع الزاكن تبعاً على أمين القل . وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد دهنه لمصلحته ،

فلا يقوم الوكيل بتقيد الرهن . ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستعرقاً بالدين ، فلا يعوِّض الموكِّل إذ لم يلحقه ضرر .

أما إذا وقع الضرر وكان حالاً ، وجب التعويض عن كل حسارة تحملها الدائن وعن كل ربح فاته . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات ويحل المورد بالتزامه ، فيضطر المصنع إلى شراء هذه الخامات من جهة أخرى بشئ أغنى . فالمرق في الثمن حسارة تحملها المصنع يرجع بها على المورد . وقد يترتب على تأخر توريدات الخامات للمصنع أن تفوته صفقات كان يستطيع عقدها لو أن الخامات لم تأخر . فالربح لدى كان يعود على المصنع من هذه الصفقات ربح فاته ويرجع به على المورد .

وقد لا يقع الضرر في الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل . فإذا تعاقد المصنع على استيراد خامات لا لصنعها في الحال بل ليدخرها للتقيد من الأيام ، فيحل المورد بالتزامه . فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً حينما سدد ما عنده من الخامات ويصبح في حاجة إلى الجديد الذي تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد ويحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، إذ يتوقف مدى الضرر على سائر مجهول لم يعرف بعد . مثل ذلك راك يصاب بحادث أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فهذا يرجع على أمين النقل بتعويض وجب التبرص حتى يعرف مدى الضرر فيتقاضى عنه التعويض الواجب .

وقد يكون الضرر محتملاً . لا هو قد تحقق فعلاً ولا هو محقق لو فوج في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة حلالاً يحنى معه أن تهدم العين ، فالحال ضرر حال ولكن تهدم العين ضرر محتمل ، ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً ، أما الضرر المحتمل فلا يعرض عنه إلا إذا تحقق .

## الضرر الادبى :

وقوع الضرر الادبى فى المسئولة العقدية ، على خلاف المسئولية التقصيرية ، نادر ، إذا الأصل أن الشخص يتعاقده على شيء دى قيمة مالية . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للتعاقد فى سداد العقد ، فإذا أحسن المدير بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبى . فالراكب إذا أصيب بجرح فى أثناء النقل ، خففه من ذلك ضرر أدبى فى جسمه ، ولطبيب إذا أساء علاج المريض ، أصابه كذلك بضرر أدبى فى صحته . وقد يدعى الطبيب سرا للمريض لا تخوف إداعته ، فيصب المريض بضرر أدبى فى سمعته . كذلك قد يدعى الوكيل عن موكله ما يؤديه فى اعتباره . والناشر إذا نشر كتابا لمؤلف مشوهه ، قد لا يصب المؤلف بضرر مادى ، ولكن يحقق أن يصبه بضرر أدبى . ولقطار إذا تأخر فى الوصول عن ميعاده ، فلا يستطيع أحد الركاب أن يسمع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضررا أدبيا للراكب .

وبوح القانون التعويض عن الضرر الادبى كالتعويض عن الضرر المادى . ولكن لا بد من حق التعويض عن الضرر الادبى إلى الغير من خلال له أو وارث ، إلا إذا اتحد الضرر بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ( م ٢٢٢ مدنى )

## ٢٤ — مدى التعويض عن الضرر

الضرر المباشر المتوقع هو الذى يعرض عنه فى المسئولية العقدية :

الضرر غير المباشر لا يعرض عنه أصلا ، لافى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية ، فلا يعرض إذن فى كلتا المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر ، ولكن فى المسئولية التقصيرية يعرض عن كل ضرر مباشر ، متوقعا

كان أو غير متوقع . أما في المسؤولية العقدية فلا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالاتي لعش والخطأ الجسيم ، إذ في هاتين الحالتين يعرض عن كل ضرر مباشر ولو غير متوقع .

ونأى بمثال يوضح ذلك : حضر المتأخر لإحلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشتراطه عليه المستأجر فينتقل إلى منزل مساوٍ لمنزل الأول ولكنه أعلى أجراً . وبسبب بعض المفروشات في أثناء النقل ، ثم يكون في المنزل الجديد مكروب ، مرض معد ي نقل إليه هذا المرض . فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع ، وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير متوقع ، وما ينسب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، منه يمكنه أحل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر المباشر غير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية . ولا يكون المؤجر مسئولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً ، حتى لو كانت مسئوليته تقصيرية لا عقدية .

ما الذي يبرر رفضه التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع :

ويقال عادة في تبرير قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر ، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقّد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش — أو ما يعادل الغش من خطأ جسيم — في جانب المدين ، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع ، ينقذ بعض الفقهاء فكرة انقلاب المسؤولية العقدية بالغش إلى مسؤولية تقصيرية ، إذ لا يرال المدين مسئولاً بالعقد ، حتى لو كان سمي البية في عهده تنفيذ .

ونرى أن تبس مبرراً للماعده في الاعتبارات الآتية : الأصل في

المستوية ، عديدة كانت أم تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر وهو الذى أحدثه مباشرة بجماعه . إلا أن المسئولية العقدية تعبر بأنها تقوم على العقد ، بإرادة المتعاقدين التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت من أجل المسئولية عن الضرر بمصورة على المقدار الذى يوقعه المدين . فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اعاقى يعمل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلا فى حالتى عيش المدين وخطأه الخسيم كما قدمنا ، أصبح المدين فى هاتين الحالتين ملزم بالتعويض عن كل الضرر مباشر ، متوقعا كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط لا يلقى اسم الذى يعمل من مقدار المسئولية . وهذا رأى يقلب المسألة من أساسها . فالأصل فى المسئولية العقدية ، كالأصل فى المسئولية التقصيرية ، أن يكون التعويض عن كل ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع . إلا أن المسئولية العقدية تعرض وجود شرط عمل يعنى من المسئولية عن الضرر غير المتوقع . وهذا الشرط العمل يكون باطلا فى حالتى عيش والخطأ الخسيم ، فى هاتين الحالتين نعود إلى القاعدة العامة بعد إبطال الشرط الذى فيكون المدين مسئولا حتى عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم تكون قاعدة فى المسئولية العقدية هى تعويض عن ضرر غير متوقع ، ولاستثناء هو عدم التعويض ، وليس العكس .

### تحرير الضرر المباشر والضرر المتوقع .

بى أن نحدد ما هو الضرر المباشر وما هو الضرر المتوقع :  
الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبعية لخطأ لدى أحدثه ، ويعتبر للضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه بدول جهد معقول .

فإذا باع شخص من آخر بقوة موبوءة ، فأعدت مواشي المشتري ، وماتت ومات معها سائر المواشي ، ولم يتمكن المشتري من زراعة أرضه ، فأعوره المال ولم يستطع إطفاء ديونه ، فحجر الدائون على أرضه وباعوها بثمن بخس ، فمده أصرار متعاقبة يحل بعضها بعضا . موت البقرة الموبوءة . عدوى المواشي وموتها ، العجز عن الزراعة لعجز عن وفاة الديون ، عجز على الأرض وبيعها ثمن بخس . حتى يحدد من هذه الأضرار ما هو المباشر وما هو غير المباشر ، فيطبق التعبير السابق . ذكر . فرى البقرة الموبوءة وقد بقيت بعد أن أعدت سائر مواشي فقيد هي أيضا ، أكلان لمشتري يستطيع أن يتوفى هذه الأضرار من جهده معقول . ينظر في ذلك إلى الظروف الملازمة ، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فمعه هذه الأضرار أصرا مباشرة . أما عجز عن الزراعة ، وعن وفاة الديون ، وحجر الأرض وبيعها ثمن بخس ، فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يقاذه من جهده معقول ، إذ كان في استطاعته أن يسأح مواشي أخرى لرأيه أرضه ، أو أن يؤجر الأرض ذاتها لغيره ، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي ، ومن ثم تعتبر هذه الأضرار غير مباشرة لا يحسن التعويض عنها (١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بما يلي : « إذا تلفت الآلات والابواب بسبب حادث حصل لنقطار والذي كاسب هذه الآلات مشحونه فيه ، فلا ضمان المصلحة عن الضرر غير المسبب مباشرة من الحادث ، كان يصر أن هذا الوابور كان مصفيا بتركيب على بشر إربورية ، وسبب تلف الآلات بفعل الانفجار بهذه السر ، فثبت رعايته صاحب البشري ، وكان أيضا مفعولا بان يروي الأطباء المتجاوزين بربوها ليلة الحادث فطالبه اصحابها بموئيد ، ثم أنه لم يسمع أيضا بالاراضي التي حفر البشري فيها وبالأرض التي اغدوها لوضع الوابور . . . الخ . الخ » ( ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢٢٥١ ص ٢٤٧ ) - وقضت محكمة بعض بأنه إذا حصل الحكم بمصلحة الأثر مسئولية خطاه عن سحب رخصة من سحر بالآثار ، وما يربط على هذا السحب من آثاره محروا بغير رخصة وبغير محضر مخالفة له ، ومباحمة عقوله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى له ساء على ذلك بموئيد عما لحقه من هيبه الأضرار ، ففعاؤه صحيح فانونا ( ٩ أبريل سنة ١٩٢٦ الجماعة ١٧ رقم ٤ ص ٧٤ ) . وظاهر أن كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المحر لم يكن يستطيع تلافيها ببلل جهده معقول .

بقي تحديد ماهو الضرر المتوقع . ويجب في تحديده أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لاني سببه فحسب ، بل أيضا في مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل ، طرد ، ثم صاع الطرد في الطريق ، وتبين أنه يحتوي على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، لم تكن الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد سبب صاع الطرد . بل لا يكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة للطرد ، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره ، وذلك وقت إبرام العقد لا بعد ذلك . وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي ، فالضرر الذي كان يمكن توقعه عادة ، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وحدث فيها المدين ، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين باندات ، هو الذي يكون محل الاعتناء . وإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقعا ، لأن لشخص المعتاد لا يهمل تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن سكنت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن الطرد يحتوي على أشياء ثمينة بالرغم من مطهره ، فإن الشركة لا تكون مسئولة عن هذا الضرر إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعل . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة ، للحصول مثلا على تعريفه محفصه للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذي يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن مكوث الدائن عن إعطاء بيانات لازمة قد يعبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر ، فيكون المدين معذورا إذا لم يتوقعه . فإذا سكنت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول في الميعاد لأنه سيشترك في سباق أو سبؤدي امتحانا أو سيحضر اجتماعا هاما أو سيمضي عيدا أو سينتقم في مراد أو نحو ذلك من الأعمال العاجلة التي يجب أن تتم في وقت محدود ، فلا يكون أمين النقل مسئولا عما يقع من



ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الزاكن متأخراً عن الميعاد ، وإنما يكون مستولاً عن الضرر الذي ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة . أما إذا رجح عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أخفى عنهما معاً ، فإن المعيار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذي ينطبق في هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أولاً بتوقعه .

### المطلب الثالث

## علاقة السببية بين الخطأ والضرر

### عبء الإثبات :

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أي أن يكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين ، كما يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي يقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ، وبصفها صاحبها بحيث لا تنكسر حق لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ، فتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين ، بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذي يكلف نفي هذه العلاقة . إذا ادعى أنها غير موجودة . فعلى الإثبات يقع عليه ، لا على الدائن . ففي المثال المتقدم لا يتحصر عامل النقل من المسؤولية لا إذا أثبت أن صاحب البضاعة قد أهمل فلم يصف البضاعة بحيث يأمن عليها من الكسر لو كانت السرعة معتادة .

والمدى لا يستطيع نفى علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنى ، وذلك بان يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قادرة أو حادث غائى ، أو يرجع إلى خطأ الدس ، أو يرجع إلى خطأ الغير . ونبحث كلا من هذه الأنواع الثلاثة للسبب الأجنى .

## ١٥ - القوة القاهرة أو الحادث المعجائى

### «قوة القاهرة والحادث المعجائى» شىء واحد :

يذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين القوة القاهرة والحادث المعجائى ، ولكنهم لا ينفقون على فصل التفرقة فيما بينهما .

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هى الحادث الذى يستحيل دفعه ، أما الحادث المعجائى فهو الحادث الذى لا يمكن توقعه . فيكفى إذن أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع ، ولا يلزم اجتماع الحصريتين . ولا يجوز الأحدهما إلى أى ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً لا مستحيل الدفع بحسب من أيضاً غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث المعجائى يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع بحسب من أيضاً مستحيل الدفع ، ولا يكفى وجود إحدى هاتين الحصريتين لانعدام رابطة السببية .

ومن الفقهاء من سلم وجوب اجتماع الحصريتين ، ولكن يميز فى حصية استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبة فوجد الحادث المعجائى . ولكن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح ، إذ الاستحالة فى كل من القوة القاهرة والحادث المعجائى يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر ، فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث المعجائى حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع . ولكن قوة القاهرة

تكون حادثا خارجيا عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة أو زلزال،  
والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته ك انفجار آلة أو انكسار  
عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسؤولية ،  
ما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته . وهذا الرأي  
لا يجوز التسليم به أيضا ، لأن من المسلم به أن كلا من القوة القاهرة والحادث  
الفجائي تعدم به رابطة السببية .

والصحيح أن القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد ، وإذا كان  
التعبيران مختلفين فإن أحدهما يكمل الآخر ، فالقوة القاهرة تبرز حصية  
استحالة الدفع والحادث الفجائي يبرز حصية عدم إمكان التوقع .

### الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي :

وسبق أن فصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة  
قاهرة أو حادثا فجائيا . وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث  
الفجائي يجب أن يكون حادثا غير ممكن التوقع ويكون في لوقت ذاته  
مستحيل الدفع .

فيجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع ، فإذا أمكن توقع الحادث  
حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة القاهرة أو حادثا فجائيا . ويجب أن يكون  
الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه حسب ، بل أيضا من  
جانب أشد الناس يقظة ، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي ، بل هو معيار  
لا يكتفي فيه بالشخص العادي ونظمت أن يكون عدم الإمكان مطلقا  
لانسيا . وعدم إمكان التوقع يكون وقت إبرام العقد ، ففي كان الحادث  
غير ممكن التوقع في هذا الوقت كان هذا كافيا ، حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد  
وقبل التنفيذ .

ويجب أن يكون الحادث أيضا مستحيل الدفع ، فإذا أمكن دفع الحادث

حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وأن تكون الاستحالة مطلقة فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون في موقف المدين . وهذا هو الذى يعبر بين نظرية القوة القاهرة ونظرية اخوات الطارئة ، فقد رأينا فى نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لاستحالة

### تطبيقات عملية .

وورد بعض تطبيقات عمية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين ، فيصح وصفها بأنم قوة قاهرة أو حادث فجائى .

فالحرب قد تكون قوة قاهرة عما يسبب عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستعمل توقعه ولا يستعاض دفعه ليس هو الحرب دائما ، بل ما خلفته الحرب من أحداث واضطرابات . فإذا هاجر العدو لبدأ ودخلها فأنما وطردها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة على المستأجر من الراماه المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من الترامه بالمحافظة على الودعة ، والمقاوول من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قدما أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كانت هذا خطأ فى جايه يحقق مسئولية إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سببا فى تقبب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين فى هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ ، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارىء ،

أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث ما دام شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا .

وقد تنطوي حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائي ، كما إذا انفجرت آلة أو اسكرت عجلة ، أو انزلقت السيارة في أرض رملية ، أو اعترضها عقبة مفاجئة ، أو بهر سائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع .

### أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :

وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، فلا تتحقق المسؤولية كما قدمنا .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

ويجوز لطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، فيتفقا على أن ذلك لا يحل المدين من التزامه ، أو يتفقا على عدم إحلاله المدين من التزامه إذا وقع حادث معين كالإضراب أو الحرب ، وفي هذا ضرب من التأمين يتلوه الدائن من المدين كما قدمنا .

### ٢٤ — خطأ المضرور

#### وضع المسألة :

الكلام في خطأ المضرور إنما يكون إذا وقع من المدعى عليه خطأ ووقع في الوقت ذاته خطأ المضرور . أما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ أصلاً وكان الخطأ هو خطأ المضرور وحده ، فليس هناك مسئول لأن المضرور

هو الذي ألحق بنفسه الضرر . كذلك إذا وقع من المدعى عليه خطأ ولم يقع من المضرور خطأ ، فالمستول وحده هو المدعى عليه . ومجرد الفعل الذي يصدر من المضرور ولا يكون خطأ ليس من شأنه أن يخفف من مسئولية المدعى عليه ، وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع تعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهس لقطار أو السيارة قد شارك بفعله في إحداث هذا الضرر : ألم يمش في الطريق فدهسته السيارة ، ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه . وإما بصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور في مسئولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . أي إذا انحرف المضرور في سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد .

إذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر ، وجب أن نعرف إلى أي حد يؤثر خطأ المدعى عليه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بني كل من الخطأين غير مستغرق للخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك .

### استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر :

إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور ، كانت مسئولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه ، فإن مسئولية المدعى عليه تنقضي لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين : ( الحالة الأولى ) إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر . ( والحالة الثانية ) إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

في الحالة الأولى ، لا تصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين (١) إذا كان أحد الخطئين خطأ سمدياً والخطأ الآخر غير عمدى ، فيكون المدعى عليه أو المضرور أراد إحداث الضرر متعمداً أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذي أراد إحداث الضرر متعمداً ، كانت مسؤوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه لإحداث الضرر هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فم يكن إلا طرفاً استعمله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس راكباً فيها مكشوف البصر وهو ينزل منها دون قائد ، لم يحزن له أن يحتاج خطأ المضرور لتخفيف مسؤوليته ، ذلك أن السائق قد تعمد دهس المضرور ، ولم يكن خطأ المضرور وهو يروله من السيارة دون قائد مع أنه مكشوف البصر إلا طرفاً استعمله السائق في تنفيذ غرضه . أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد لحاق ضرر ، نفسه ، فقد استغرق خطأ المدعى عليه ، وانفتت مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فهو أن شخصاً أراد الانتحار فالتقى بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة تجاوز الحد المسموح قانوناً ، فهو وحده الجاني على نفسه ، ولا يجوز أن يحتاج — هو إذاً بجأ أو ورش أو مات — بأن لسائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمد الانتحار هو وحده الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فم يكن إلا ظرفاً استعمله المضرور لتنفيذ قصده (١) . (٢) إذا رضى المضرور بما وقع

(١) وينق السادة لو أن كلا من المتدعي عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا دفع مصاب بعرض مستعصى طيباً في أن يخلصه من حياته . فإما لم يرض في هذه الحالة بالتفاه خطا الطبيب لاستعرافه بحظ المرض ، حاز القول بأن تعمد المضرور ذاته ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمرضى . فخلصه من حياة شقية .

على أنه إذا استقبلت المدعى عليه في أحداث الضرر عن نية المضرور في إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك اتفاق بين الطرفين ، فلتظاهر أن خطأ المدعى عليه العمدي هو الذي يبقى قائماً ، وهو الذي يسفر عن خطأ المضرور العمدي ، وسحق مسؤولية المدعى عليه كاملة.

عليه من الضرر . ورضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر  
 بنفسه وبمجرد عليه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريد به ،  
 كما يقع ذلك في المارة . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به ،  
 من اشترك في إحدى الأفعال الباطية يعلم بما عسى أن يتجمل من ضرر هذه  
 اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر . والذي يعيب هنا هو أن  
 يكون المضرور قد رضى بالضرر ، فلا يعنو إلى حد أن يريد به ، ولا ينزل إلى  
 مجرد العزم به . وللقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يربى  
 عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، ولا يراى المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى  
 المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالمهندس إذا لم يصبها معاً يكون محملاً  
 حتى لو رضى عمله بهذا التصميم . ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر  
 بعد خطأ منه . ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما  
 هو الشأن في الخطأ المشترك ، ويترتب في كل حالة من كان المضرور مخطئاً عندما  
 رضى بالضرر . ويكون في أكثر الأحوال مخطئاً ، فمن رضى أن يركب سيارة  
 غير سليمة وهو علم بذلك . أو تترك لسانق يسوقها وهو في حالة سكرين ،  
 أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعذر ضوؤه  
 هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . وفي بعض الأحوال الدالة  
 قد يصل حصاً المضرور في رضائه بالضرر حداً من الحسمامة يكون من شأنه  
 أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفي المسئولية لاعتماد رابطة السمية .  
 فمما صاحب السمية الذي يرضى عن بنية ينقل مهربات حرية فتصادر سفيته ،  
 لا يرجع شيء على صاحب المهربات .

وفي الحالة الثانية ، قد يكون خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ،  
 يستغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول . ويعتبر خطأ المدعى عليه وحده هو الذي  
 أحدث الضرر ، فتكون مسئولية كاملة . فإذا ركب شخص سيارة  
 يسير سائقها بسرعة فائقة ، فاندفع الراكب بدافع الفرع إلى أن يأتي بحركة  
 خاطئة التماساً للنجاة فأضر بنفسه ، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة خطأ



المدعى عليه . واستدق خطأ السائق خطأ الراكب وتحققت مسئولية السائق كاملة . أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور ، فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعى عليه ، فلا تتحقق المسئولية لا بعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة راكبا فيها رل فجأة من السيارة وهي تسير ، فإن خطأ الراكب يستغرق خطأ السائق المفروض في جانبه ، وتقدم رابطة السببية فلا تتحقق مسئولية السائق .

### عدم استفراق أمر الخطأ للخطأ الآخر — الخطأ المشترك .

فإذا لم يستغرق أحد الخطئين الخطأ الآخر ، بل يبا متعبرين كل منهما مشترك في إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان ، خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) والتعير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركا ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما كما رأنا خططان مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثاني ارتكبه الآخر ، ولكل منهما اشتراكا معاً في إحداث الضرر .

والأصل أن كلا من الخططين يعتبر سبباً في إحداث الضرر ، إذ لولا لما وقع هذا الضرر . ومن ثم تكون المسئولية بالتساوى بين المضرور والمدعى عليه ، ويكون كل منهما مسئولاً عن نصف الضرر . ولو كان المدعى عليه شخصين لا شخصاً واحداً ، كانا هما والمضرور مسئولين جميعاً بالتساوى ، فيرجع المضرور على كل من المدعى عليهما بثلث الضرر ، ويتحمل هو الثلث الباقي بسبب خطئه . عني أن القضاء جرى على توزيع المسئولية على أساس جسامه الخطأ الذي صدر من كل من المسئولين ، فلا يلجأ إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامه كل خطأ . مثل ذلك شخص يصاب ويكون المسئول عن الإصابة مسئولاً مسئولية عقدية له فيهمل في علاج نفسه ، فيزيد من الضرر الذي يحدث له ، فيقسم

لقاضي المسئولية بحسب جملة خطأ كل من المدعى عليه والمضروب. ومثل ذلك أيضا شخص يحرق منزلا استأجره ويجعله غير صالح للسكن، فيحمل صاحب المنزل في إصلاحه وتعطول من جراء ذلك المدة التي يبي فيها المنزل غير صالح للسكنى، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة. ولكن المضروب لا يتحمل إلا نتيجة خطئه هو. فلا يتحمل نتيجة خطأ الغير في زيادة الضرر. فإذا أحدث شخص كسرا في عظام شخص آخر وكان مسئولا عن ذلك مسئولة عقدية ووقع من المعالج خطأ في حصر الكسر سبب عنه زيادة الضرر، فالمضروب لا يكون مسئولا عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تعويضا عن زيادة الضرر. وللمسئول أن يرجع على المعالج بهذه الزيادة.

### و ٣ - خطأ الغير

#### وضع المسألة.

نستبعد هنا أيضا، كما فعلنا عند بحث خطأ المضروب حالة ما إذا سبب المدعى عليه خطأ ما، ووقع الضرر بفعل الغير وحده. فذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، فإن كان خطأ كان بفعل وحده هو المسئول. وإن لم يكن خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو لحادث محض فلا يكون أحد مسئولا.

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير، كان هناك محل للفساؤ عن تفرقة الغير في مسئوليته المدعى عليه. ويشترط هنا، كما اشترط في فعل المضروب، أن يكون فعل الغير حاسما له شأن في إحداث الضرر فإن لم يكن فعل الغير خطأ، فليس له أثر في مسئولية المدعى عليه، وكان هذا وحده هو المسئول مسئولة كاملة. فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأ، أي انحرافا عن السلوك المألوف للرجل

المعتاد ، ولا بد أيضاً أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ، وإلا ما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر (١) .

### استفراق أحد الخطأين للخطأ الآخر

إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسؤول مسئولية كاملة . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسؤول مسئولية كاملة .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر - كما يبدأ في صدر الكلام في خطأ المضرور - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضا المضرور لخطأ المدعى عليه فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاه الغير .

### عدم استفراق أحد الخطأين للخطأ الآخر - تعدد المسؤولية

إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقي الخطأان قائمين . واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسؤولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر ، فأصبح المسؤول أكثر من شخص واحد . فتقسم المسؤولية بين المسؤولين المتعددين بحسب

(١) ويجب أن يكون الغير ليس ارتكب خطأ من بني الاستحسان البدين بقصر المدعى عليه مسؤولاً عنهم فهو كان هذا المبرور . فالمسئولية أو تعلقاً أو بانها ، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسؤوليته الذي عليه وهو المضرور ، لا الذي عليه مسئول في النهاية عن خطأ هذا الغير .

وليس من استرعى أن يكون الغير معزولاً فقد تنوع الدليل على أن الجانب كان من بين أسبابه خطأ صدر عن شخص ثالث ، وقد ثبت أن يعرف ، ويسعى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسئوليته الذي عليه ، بل بجوار أيضاً أن يستغرقها .

جسامة خطأ كل منهم ، فإن لم يكن في الاستطاعة تحديد جسامة الخطأ قسمت المسؤولية بالتساوي على عدد الرؤوس. وإذا كانت المسؤولية تفصيلية لاعقدية كان المسئولون المتعددون متصامين في المسؤولية .

فإذا دهست سيارة راكبا فيها ، اضطر لأن يقذف نفسه بها لأن السيارة اعترض طريقها فجأة شخص من المارة وبحرف عن الطريق وانقلبت ، فإن سائق السيارة يكون مسئولا هو وأجير بحسب جسامة خطأ كل منهما نحو الراكب ، إلا إذا كان أحد لخطأين يستغرق الخطأ الآخر فيكون صاحب الخطأ المستغرق هو المسئول وحده . ويستطيع السائق التخلص من المسؤولية إذا هو أثبت أن خطأ العير كان لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة مانسة إلى السائق ويتخلص من المسؤولية . وفي هذه الحالة يرجع الراكب على العير الذي كان خطأه هو السبب في إحداث الضرر ، ويكون العير مسئولا مسئولة كاملة عن التعويض . وتكون مسئوليته تفصيلية لاعقدية .

## المبحث الثاني

### المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي

مقدمة : استعرض نظرية في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي :

لا يمكن القول إن هناك نظرية في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي على النحو الذي رأيناه في الفقه الغربي . وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسؤولية العقدية في الفقه الغربي من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي . وهذا هو شأننا في المقابلات التي يجريها ما بين الفقهين .

و من ثم بحث مسائل ثلاثا هي التي سبق بحثها في الفقه العربي :

(١) الخطأ العقدي (٢) الضرر (٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

## المطلب الأول

### الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي

الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل غاية في الفقه الإسلامي :

يمكن القول في الفقه الإسلامي ، كما أمكن القول في الفقه الغربي ، بأن المدين إذا لم يتم تنفيذ العقد كان هذا هو الخطأ العقدي ، ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ العقد ناشئاً عن عمد أو عن إهماله أو عن فعله .

ويمكن القول كذلك إن الفقه الإسلامي ينسج التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بنقل الملك أو بنقل المنفعة أو بنسليم العين ، وبين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بالمحافظة على العين المودعة أو العين المؤجرة أو العين المعارة .

فتبحث هذين النوعين من الالتزام في الفقه الإسلامي .

### ١٤ — الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي

كيف ينصور الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي :

ومن الممكن أن تصور وجود التزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي .  
فيكون التزاماً نفيده لا يتم إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام . فالالتزام  
البائع بنقل الملك إلى المشتري لا يتم إلا إذا انتقل الملك فعلاً إلى المشتري .  
ومهما كانت الأسباب التي تحول دون انتقال الملك ، فإنه إذا لم ينتقل لا يكون  
البائع قد قام بالتزامه ، ومن ثم يكون هناك خطأ عقدي . كذلك التزام  
المؤجر بنقل المنفعة إلى المستأجر التزام بتحقيق غاية ، لا يتم إلا بنقل المنفعة

فعلا إلى المستأجر . والالتزام بتسليم عين معينة بأدوات لا يتم تهيئته إلا بتسليم هذه العين .

ويحس نظراً لحدّة هذه المسألة في الفقه الإسلامي . من وحدتها في الفقه العربي دمه فإنها بطريقة ظهرت في هذا الفقه في وقت متأخر . أن يذكر في شيء من الاستقصاء عدداً من الالتزامات التي يمكن تصورها في الفقه الإسلامي على أنها التزامات بتحقيق غاية .

فذكر من ذلك . ( ١ ) التزام البائع بغير ملك المبيع وتسليمه ( ٢ ) التزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب ( ٣ ) التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة ( ٤ ) التزام المؤجر بضمان الاستحقاق وبضمان العيب ( ٥ ) الالتزام بالتسليم . ( ٦ ) الالتزام بالتسليم بعمل معين .  
وبحث كلا من هذه الالتزامات .

### الالتزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه :

الزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه التزام بتحقيق غاية ، فالتم يقبض المشتري المبيع لا يعتبر البائع قد نفذ التزامه ، مهما كانت الأسباب التي حالت دون القبض . فإذا هلك المبيع ، ولو بسبب أجنبي . امتنع على البائع أن يسلم المبيع واعتبر محلاً بالتزامه ، وانفسخ البيع ، وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع . جاء في المسوط للرحبي ( جزء ١٣ ص ٩ ) : « قبل القبض المبيع مضمون بعيده وهو الثمن . والعقار في هذا كالمقول ، حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك ، سقط الثمن . »

ونرى من ذلك أن البائع لا يعتبر أنه قد نفذ التزامه من نقل الملك والتسليم إلا إذا قبض المشتري المبيع . فعند ذلك تبرأ ذمة البائع ، وتكون تبعه الهلاك على المشتري . ونقول المادة ٢٩٤ من المجلة في هذا الصدد . وإذا هلك المبيع بعد قبض . هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع . وقبل ذلك

نقول المادة ٢٩٣ من المحلة : « إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري ، يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري » . ويقول الأستاذ سليم مار ( ص ١٥٠ ) تعلقاً على هذا نص الأخير : « إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل نفسه كما إذا كان حيواناً قُتل نفسه أو أُلغى منه العجز الآخر ، بطل البيع ، ورجع المشتري ماثنى إن كان قد دفعه إلى البائع ، وإن كان « ثمر كعبل يرد المشتري ، وكان الكفيل قد أدنى اثماً ، ثم هلك المبيع من القصر ، فإن الكفيل يرجع على المشتري لأجل البائع ثمر رجوع المشتري على البائع » .

### ١- التزام البائع بصيانة واستحقاق وبصيانة العيب :

يلزم البائع بصيانة الاستحقاق وبصيانة العيب ، وهذا الالتزام بالصيانة الهام بتحقيق غاية ، متى استحققت العين أو ظهر بها عيب يوجب الضمان الهام لبائع بالصيانة أيًا كانت الأسباب التي أدت إلى ذلك ولو لم يكن لبائع ضمان به ، دلت أن التزامه هو ألا تستحق العين وألا يكون فيها عيب ، فإن وقع شيء من ذلك فقد أحس بالتزامه ولم يحقق الغاية المقصودة . والضمان هنا يكون بفسخ البيع ، ولا يعوض المشتري بأكثر من رد الثمن إليه ، فلا يعوض عن حسارة تحملها أو عن ربح فاته ، لأن بطريقة الضرر الواجب التعويض عنه في الفقه الإسلامي لا تتسع لثل هذا التعويض (١) .

(١) جاء في مجمع المصنفات ( ص ٢٢٣ ) « منسرى كرها وعمل فيه حتى أدرك العيب والضرر ، ليس له أن يحد شيئاً كما يعمل الأكار ، وليس له أن يطلب أجر العمل ، لأن المصنف لا يقوم إلا بالقد ، وهو ما كان أكثراً بل كان عاملاً لنفسه ، من مشتمل الأحكام . اشتري سداً واشتري بمال أحده منه ، ثم استحق العيب لم يرجع المشتري بمال على المصنف . هذا قول من حلفه رحمه الله خلافاً لهما ، وأصله غضب عبداً ففجر العبد نفسه ، فأخذ القاصب الأجر من العبد وأكله ، ويضمن عنده خلافاً لهما » . وجاء أيضاً في مجمع المصنفات ( ص ٢٢٥ ) : « لو استحققت الأرض وقد ادنى المشتري خراجها لا يرجع بالخراج على البائع » وجاء في ( ص ٢٢٦ ) « من اشترى طاجونة فكانت في يده مدة ، ثم استحقها وجعل ، فليس له أن يطلب نفساً طاجونة ، لأنه ليس من أجزاء المبيع ، بل كبه وفعله » .

أمثلة لضمان الاستحقاق : لو اشترى عبداً فقبضه فوهبه من آخر أو تصدق به على رجل ، ثم جاء رجل واستحقه من يد الموهوب له أو من يد المتصدق عليه ، كان للمشتري أن يرجع بالثمن على بائعه . ولو اشترى عيياً وباعها من آخر وأبرأه من الثمن ، لا يرجع المشتري عليه ، وله أن يرجع على بائعه ، وقال القاضي بديع ليس له أن يرجع . أقر بعين صريحاً أنها لعلان ، ثم اشتراها منه ، ثم استحققت ، فالأصح أنه يرجع بالثمن على بائعه ، وقيل لا يرجع ، والمنصوص هو الأول . رجل اشترى جارية وقضها ووهبها من رجل ، ثم اشتراها من الموهوب له فولدت له ولداً ، فاستحقها رجل ، فإن المشتري يرجع على البائع وهو الموهوب له بالثمن وبقيمة الولد لأنه معروف . رجل اشترى داراً وهو يعلم أنها لغير البائع ، وقال البائع وكلى صاحبها بالبيع ، فهذا وما لو اشترى من مالكها سواء . ولو قال البائع إن صاحبها لم يأمرني بالبيع لكن أرجو أن يرضى ، فلم يرض حين اشتراها وهو قد نسي ، لا يرجع شيء لأجل الباء .

أمثلة لضمان العيب . رجل اشترى بعيراً فبصسه ، ثم وجد به عيباً فذهب به إلى البائع ليرده ، فهلك في الطريق ، فإنه يهلك على المشتري ، ثم إن المشتري إن أنثت العيب يرجع بقصان العيب . لو اشترى عبداً ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات عند المشتري ، فإنه لا يرجع بالثمن ، لأن المرض يترايد فيحصل الموت بالرائد فلا يضاف إلى السابق ، لكن يرجع بقصانه كما ذكره الزيلعي وكذا في الأشباه .

( أنظر في كل ما تقدم جمع الضمانات ص ٢٢٨ و ص ٢٣٢ و ص ٢٣٥ و ص ٢٣٩ و ص ٢٤٣ ) .

### التزام المؤجر بنقل منفعة المبيع المؤجرة :

وإتمام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة إلى المستأجر هو أيضاً التزام تحصيل غاية ، فلا يكفي أن يبذل المؤجر جهده في نقل هذه المنفعة إلى المستأجر .



يجب نقلها فعلا إليه . ولما كانت المنافع معدومة في الحال ، لذلك قالوا إن الإجارة تعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة . والذي يجب على المؤجر حتى يتم تنفيذ التزامه هو تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة وإن لم تستوف حقيقة .

فلو أن المستأجر لم يتمكن من استيفاء المنفعة من المأجور ، أيا كانت الأسباب ولو كانت لا ترجع إلى فعل المؤجر أو كانت سببا أجنبيا ، فإن المؤجر لا يعتبر قد نفذ التزامه ، لأن تحقيق العاية فعلا - أي تمكين المستأجر من الانتفاع - هو المعتد به في هذا الالتزام .

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في المادتين ٧٧ و ٧٨ من المحلة . فقد نصت المادة ٧٧ على أن تسليم المأجور شرط في لزوم الآخر ، فلا تلزم الأجرة إلا من وقت التسليم . فعلى هذا ليس للآخر مطالبة أجرة مصت قبل التسليم ، وإن انقضت مدة الإجارة قبل التسليم لا يستحق الأجر شيئا من الأجرة . ونصت المادة ٧٨ من المحلة على أنه لو فات الانتفاع بالمأجور كلية سقطت الأجرة . مثلا لو احتاج الحمام إلى الترميم وتعطل في أثناء ترميمه ، تسقط حصة تلك المدة من الأجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت ، يسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المستأجر من بيت الرحى غير الطحس فليزومه إعطاه ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة . ويقول الأستاذ سليم بـ ( ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨ ) في التعليق على هذا النص ما يأتي : « وكذا لو استأجر حماما فانقضت ماؤه مدة ، أي سيسقط من الأجر حصة تلك المدة . ومثله لو استأجر حماما في قرية ، فمهر الناس ووقع الجلاء ومضت المدة ، سقط الأجر عنه ، وإن مهر بعض الناس فلا ( در مختار ) .. وكذا لو طفت مياه الرحى فعضته عن الطحن مدة ، ومثله لو استأجر أرضا لا تسقى إلا بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر وإن لم تنفسح

الإجارة في الأصح (خاتية) . كالأو استأجر أرضاً شرها فاقطع الماء عنها أو سال عليها حتى لايتها له الزراعة ، فلا أجر عليه لعدم التمكن من الانتفاع (جمع الأنهر) . وفي الحرية استأجر أرضاً لزراع التون شرها من صهرج مائها ، فأنهدم الصهرج وغاز مأؤه ، فلا شيء على المستأجر لفوات التمكن من الانتفاع . . . إذا هلك الزرع الذي زرعه في الأرض المستأجرة ، ولم تبق مدة يتمكن فيها من إعادته ، فعليه الأجر لما مضى ، ولا أجر عليه في المدة الباقية (سائدة) . .

### التزام المؤجر بضممان التعرض وبضممان العيب :

ولا يكفي أن يقل المؤجر المنفعة للمستأجر ، بل يجب عليه أيضا أن يضمن له دوامها ، فيضمنها من عيب يصوت على المستأجر المنفعة المقصودة . ومن تعرض العير للعين المأجورة تعرضاً يحول سبه ويبين التمكن من المنفعة . وهذان الالتزامان — ضمان العيب و ضمان التعرض — التزامان متحققان غاية ، فإذا وجد عيب بالمأجور ، أيا كان سبه ولو لم يكن بفعل المؤجر أو بعلمه ، فقد عجز عن تحقيق الغاية المقصودة ، فالترم بالضمان . كذلك لو تعرض الغير للمأجور ، ولو بعير علم المؤجر ، كان هذا صامناً لأن الغاية تخلفت ، وبمجرد تخلف الغاية إخلال بالالتزام .

وقد ورد في المحلة في شأن ضمان العيب المادة ٥١٤ ، ونجربى على الوجه الآتي : « العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما تفوت معه بالكلية أو تختل معه المنافع المقصودة ، كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها ، ومن الرحي بانقطاع مائها ، أو كاختلالها بهبوط سطح الدار ، أو بانهدام محل مضر بالسكنى ، أو باجراح ظهر الدابة ، فهذه كلها من العيوب الموجبة للخيار في الإجارة . وأما النواقص التي لا تختل بالمنافع ، كأنهدام بعض محال الحجرات بحيث لا يدخل الدار برد ولا مطر ، وكانقطاع عرق

الداه وديلهـا ، فليست موحجة للحيار في الإجارة .. ونصت المادة ٥١٥ من  
المجلة : لو حدث في المؤجر عيب قبل استيفاء المفعة ، فإنه كالموجود وقت  
العقد .. وهـا بخلاف العيب في البيع ، فلو حدث بعد القبض في يد المشتري ،  
فلا ضمان على البائع . والسبب أن المفعة تتجدد شيئاً فشيئاً ، فإذا وجد عيب  
فمن تجددها ، كان بمثابة عيب واحد قبل مصر المبيع . ونصت المادة ٥١٦  
من المجلة : لو حدث في المؤجر عيب ، فالمستأجر بالخيار ، إن شاء استوفى  
المفعة من الميب وأعطى تمام الأجرة . وإن شاء فسخ الإجارة ..

وورد في مرشد الخير أن في شأن ضمان العرص ما يأتي : م ٦٥١ : إذا  
عرص في مدة الإجارة ما يعمع الارتفاع بالعن المؤجرة ، بأن غصت الدار  
المستأجرة منه ولم يتمكن بأية وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، سقطت  
الأجرة من المستأجر . ولو عرص ذلك في بعض المدة ، سقطت الأجرة  
بعد .. ٦٥٢ : إذا قصر المستأجر في رفع يد الغاصب ، وكان ذلك  
بمكاله ، فلا تسقط عنه الأجرة ، ولو أمكنه ذلك بإتفاق مال ، لا يلزمه  
ذلك وتسقط عنه الأجرة ..

### الالتزام بالتسليم :

الزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والزام المؤجر بتسليم العين  
للمؤجرة إلى المستأجر ، والزام من تسلّم عيناً على سوم الشراء بردها إلى  
المالك ، كل هذه التزامات بتحقيق غاية ، فإلم تسلّم العين لصاحب الحق فيها ،  
كان المدير محلاً بالتزامه أياً كانت الأسباب التي حالت دون ذلك ولو كانت  
القوة القاهرة . فلو هلك المبيع بقوة القاهرة قبل تسليمه إلى المشتري ، أو غصب  
من البائع ، فهو على البائع لأن عليه تسليم المبيع إلى المشتري كما سبق القول .  
ولو هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، أو هلكت العين المسلمة

على سوم الشراء<sup>(١)</sup> ، لم يحل الهلاك المؤجر أو القابض على سوم الشراء من التزامه بالتسليم ، ومن ثم يكون الهلاك عليهما .

والمبيع في يد المشتري يبيع باطل أمانة عند البعض لأن العقد غير معتبر فبقى القبض بإذن المالك ، ومضمون عند البعض لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وكذلك المبيع في يد المشتري يبيع فاسد . فيكون التزام المشتري برد المبيع إلى النافع التزاما سدا عنه أو التزاما بتحقيق غاية ، بحسب ما إذا اعتبرت يده بـ أمانة أو يد ضمان .

والتسليم يتم تنفيذه بالتخلية بين الشيء ومن يراد تسليمه إليه بحيث يتمكن هــا من قبضه ، فهو باع رجل شئاً وحلى يده وبين المشتري وتمسك هذا من القبض بصير قاصداً حتى لو هلك بهلك عليه . جاء في مجمع الصمانات (ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧) . . . رجل له رمانة في حظيرة فدفع منها واحدة بعينها لرجل وقبض الشئ ، وقال للمشتري أدخل الحظيرة و فقبضها وقد حليت

(١) « المقبوض على سوم الشراء مضمون عند من الشئ » وعلى وجه اسطر يس مضمون مطلقاً . قال قاضي خان : رجل جاء إلى الزحاج فقال ادفع إلى هذه العارضة فاراها . فقال الزحاج ارفعها ، فرفعها فوقع وانكسر ، لا يضمن الزاهق ، لأن دفعها وإن كان على سوم الشراء فالثمن غير مذكور ، والمقبوض على سوم الشراء لا يكون مضموناً إلا بعد من الشئ في ظاهر الرواية . وإن كان النافع قال للزحاج نكح هذه العارضة فقال الزحاج نكحاً ، فقال أدخلها فاراها فقال الزحاج نعم ، فرفعها فوقع من يده وانكسر . كان عليه ضمها . وفي قاضي خان إذا أخذ نوباً على وجه المساومة بعد من الشئ فله أن يرد ، كان عليه ضمه ، وإذا لو استهلكه وارث المشتري بعد حوب المسرى . رجل طلب من امرأة نوباً ، فاعطاه ثلاثة انواب ، وقال هذا بصره وهذا بصري وهذا لاسي أحملها إلى منزلي فأتى نوب رخصته بعنقه ، فحمل الرجل الثوب فاحرق الكل عند المسرى ، قال الشيخ محمد بن الفضل أن هلك الكل جملته أو على اسعاف ولا تدري الذي هلك أولاً و يدي بعده ، ضمن المسرى ثلث لمن كل نوب . وإن عسرف الأول برحه بعه ، وانوبان أمته عدة . وإن هلك النوبان ومعنى الثالث ، فإنه يرد الثالث لأنه أمانة ، وأما النوبان فترحمه بضمه نصف كل واحد منهما إذا كان لا يعلم أيهما هلك أولاً . . . وإن هلك واحد وبقي الآخر ، لزمه ضمه ما هلك ، وبرد النوبين وإن احترق النوبان وبعض الثالث بطله أو رجمه ولم يعلم أيهما احترق أولاً ، برد ما بقي من الثالث ، ويضمن نصف كل واحد من النوبين ولا يضمن بقصان الثالث ، مجمع الصمانات ص ٢١٢ — ص ٢١٥ . .

بيك ومنها ، فدخل ليقبضها فالحلها فانفلتت من باب الخطيرة وذهبت . قال محمد إن سم الرمكة إلى المشتري في موضع يقدر على أخذها بوق ومعه وحق ولو لمكة لا يقدر على الخروج من ذلك المكان فهو قبض ، وإن كانت تقدر على أن يذهب منه فليس بشيء . وإن كان المشتري يقدر على أخذها من مكان معه أعمال ، لا يقدر على أخذها من محل ولا أعوان شئ البائع بينها ومعه فاعتدت كأن اشترى مائة . وإن كانت الرمكة في يد البائع يمسكها بعصاها ومثاقها منه . حل ويقدر أن يفتل به بانهك . رمكة ، فوضعها في يد المشتري حتى صارت في أيديهما جميعاً . ومن البائع خست يدها ومنها فاقبض من أمسكها لك . فاعتدت من يد البائع من قصص المشتري إلا أن المشتري كان يقدر على أخذها من البائع ووسطها ، فليس هذا بقص من المشتري . ولو كانت الرمكة في خطيرة عليها من مملوك لا يقدر الرماك على الخروج ، فباعها من رجل وحتى سم ومنها ، ففتح لمشتري الباب ففلتت الرماك وخرجت . فإن أمثل لا مائاً على المشتري سواء كان يقدر على أحد الرماك أو لا يقدر . وإن لم يفتح المشتري الباب وإنما فتحه أجنبي أو فتحته الريح حتى خرجت الرماك ، فطرا إن كان المشتري لو دخل الخطيرة يقدر على أخذها يكون قابضاً ، وإلا فلا . وإن اشترى طيراً في بيت عظيم إلا أنه لا يقدر على الخروج إلا بفتح الباب ، والمشتري لا يقدر على أخذه لطيرانه ، وخلي البائع بينه وبين البيت ، ففتح المشتري الباب فخرج الطير ، ذكر لما ظني أنه يكون قابضاً للطير ، ولو فتح الباب غير المشتري أو فتحته الريح لا يكون المشتري قابضاً . ولو اشترى ثوباً وأمره البائع بقبضه ، ولم يقبضه حتى غصبه إنسان ، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه أن يمد يده ويقبضه من غير قيام صاحبه التسليم ، وإلا فلا . رجل باع فضا في حاتم مدينار ودفع الحاتم إلى المشتري وأمره أن يزرع القص ، فهلك الحاتم عند المشتري ، إن كان المشتري يقدر على نزعها من غير ضرر كان على المشتري ثمن القص لا غير لأن المشتري كان أميناً في الحاتم ، وإذا كان لا يقدر على

زعه إلا يضرر لأشئ. على المشتري لأن تسليم المبيع لم يصح. رجل اشترى بقرة فقال للبائع سقها إلى منزلك حتى أحى. بحقك إلى منزلك وأسوقها إلى منزلي، فماتت البقرة في بيت البائع، فبها تهلك على البائع. رجل اشترى ثوباً ولم يقضه ولم ينقذ الثمن، فقال للبائع لا آملك عليه أدعوه إلى فلان فيكون عنده حتى أدفع إليك الثمن، فدفعه البائع إلى فلان وهلك عنده. كان أهلاك على البائع، لأن المدفوع إليه يحسبه بالثمن لأجل البائع فتكون يده كيد البائع. رجل اشترى دابة مريضة في إصطبل البائع، فقال المشتري للبائع تكون هبها الليلة فإن ماتت ماتت لي، فهلكت، هلكت من مال البائع لأن مال المشتري.

الالتزام بالتزام بعمل معين :

بحسب التمييز هنا بين فروض ثلاثة :

أولاً، إذا التزم الأخير المشترك، كالنجاح والقصار والحائط والحجار والبناء والصباغ والصانع والخبار والطباخ والغلاف والوراق والكتابت والأسكاف والطحار، أن يقوم بعمل معين، فإن التزمه هذا يكون التزمه تحقيق غاية، ولا يترتب عبده إلا بإيجار هذا العمل، ومهما كانت الأسباب التي حالت دون إيجاره فإن عدم تمام العمل يعتبر خطأ عقدياً يسوجب المسؤولية والمسئولية هنا تنحصر في عدم استحقاق الآخر، لأن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا في هذه الحدود الضيقة، ولا يجوز للأخير المشترك أن يمتنع حتى بالقوة القاهرة، فهو ملتزم بتحقيق غاية، فإذا تخلفت إجابة لأي سبب كان اعتبر المدين متخلفاً عن تنفيذ التزمه فلا يستحق الآخر.

وإذا كان الأخير المشترك قد تولى عيناً ليعمل فيها، فمن أمثله في -ه- وعليه التزام حفظها. وهذا الالتزام التزمه بتدبيره لكي في تنفيذه أن يقوم الأخير المشترك بعناية الرجل المعتاد في حفظ العين، فإن هلكت

بالرغم من ذلك هلكت أمانة وتحمل صاحبها تبعه الهلاك .

جاء في مجمع الضمانات ( ص ٢٧ ) : « الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل .. والمتاع أمانة في يده ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له . »

ثانياً . وقد يكون العمل الذي التزم به الأجير المشترك عملاً لا يضمن نتيجته ، وإنما يضمن فيه قدر أ من العناية يبذلها في القيام به . وذلك كاللزام الطبيب والفصاد والحجام والختان . فبعد ذلك يكون الالتزام التزاماً بهذا عناية ، لا التزاماً بتحقيق غاية .

جاء في مجمع الضمانات ( ص ٤٧ - ٤٨ ) : « الفصاد والبراع والحجام والختان لا يضمنون سرية معلّم إلى الهلاك إذا لم يجاور الموضع المعتاد المهود المأدور فيه ، وهي معروفة . ولو شرط عليهم العمل السليم عن السرية ، مثل الشرط إذا لم يمس في وسعهم ذلك . قال في الفصولين : إذا فعلوا فعلاً معتاداً ولم يقصروا في ذلك العمل .. أما لو فعلوا بخلاف ذلك صحتوا .. وسئل الخلواني عن صبية سقطت من السطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتها رأسها تموت . وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها . فشهه ثم ماتت بعد يوم أو يومين ، هل يضمن ؟ فتأمل ملياً . ثم قال لا يضمن إن كان الشق يادى وكان معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم . فصل له فيما أذنبوا بناء على أنه علاج مثلهما ، فقال ذلك لا يوقف عنده فاعتبر بعض الإبداء فقيل له فلو كان قال هذا الجراح إن ماتت من هذا الخرج وأنا صام . هل يضمن ؟ قال لا .. الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب صوره ، لا يضمن كالختان إذا غاص .. لو قاله الرجل للكحال ذاب بشرط ألا يذهب البصر ، فذهب البصر ، يضمن . »

واحكام في الدلال . هل التزامه ابرام بتحقيق غاية وهو تمام البيع ، أو هو يؤثر على عمله بقدر جهده . جاء في مجمع الضمانات ( ص ٥٤ ) :

ووسئل بعضهم عن قال للدلال اعرض أرضي على البيع وبها ولك أجر كذا ، فعرض ولم يتم البيع ، ثم أخذ دلالاً تابعاً . للدلال الأول بقدر عمله وعنايته . قال أبو الثيث هذا قياس ، وإن أجر له استحساناً ، إذ أجر المثل يعرف بالحار ، وهم لا يعرفون لهذا الأمر أحد . وله تأخذ .

ثالثاً . في عقد الاستمارة بين الصانع وبين غيره من الصناع ، وإنه المهرام تحقيق غاية . فهو حال دون تمام المهرام من ولو أحجب ، اعتبر أنه لم يتم تنفيذ المهرام ، ولا يرجع للأجر على المستصنع . والله في الاستمارة هو العين على الأصح لا عين الصانع ، فهو أن المستصنع بما عمله غيره أو بما صممه هو قبل لعد فاحده المستصنع صحيح ، لأن المستصنع لا عمله ويشترط أن يكون المادة من الصانع . رد لو كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعاً . وهذا هو المصنوع على الأصح من مثله . وحج على المستصنع أحده ، وإلا كان محيراً لغوات الوصف المرفوع فيه . ومن أب أول يكون للمستصنع ، إذ لم يقدم الصانع أصلاً الشيء المطلوب . أيضاً كان السبب الذي منعه من ذلك ، أن يصنع العقد ويرجع عما دفعه على الصانع . وهذا مما يؤكد أن التزام الصانع إنما هو التزام تحقيق غاية

## ٢٤ - الالتزام بدول عناية في الفقه الإسلامي

كيف يتصور الالتزام بيزل عناية في الفقه الإسلامي :

ومن الممكن أيضاً أن تصور وجود التزام بدول عناية في الفقه الإسلامي على غرار الفقه العربي . فيكون التزاماً بدول الجهد للوصول إلى غرض ، نحقق هذا العرض أو لم يتحقق ، والمهم في هذا الالتزام أن يدل المدين في تنفيذه قدرأ معيناً من العناية .

والأصل أن يكون هذا القدر هو العناية التي يبذلها الرجل المعتاد . فإذا لم يبذل المدين هذا القدر من العناية اعتبر مقصراً ، ويسمى هذا التقصير في



الفقه الإسلامي العدي . والمدين في عقد يكون مسئولاً عن الخطأ العقدي إذا عمد أو عدى . أما المتعمد فعروف . إذ هو فعل العمد . سبى العدى . وإظهار أن التعدي في الفقه الإسلامي . كما هو في لفقه العربي ، انحراف عن السلوك المأثور لرحن المعتاد . فمبارك موضوعي لادنى . كما هو شأن سائر المعايير في لفقه الإسلامي . فاعتراف إدر في قياس السلوك المألوف بالمعتاد بين أساس ، فإخراج عن المعتاد كان انحرافاً يحقق المسؤولية . وما كان معتداً لا يكون تعدياً فلا يكون سبياً ، بصان .

جاء في مجمع الصحاح ( ص ٢٩ ) . الراعي : كان أجير واحد ( أجيراً خاصاً ) . . لو ضرب شاة فقتلها أو كسر رجلها ضمن . لأن أحير الواحد يصم بأحلاف . وقد حالف لأن الضرب غير داخل في الإحارة . وإنما يدخل تحتها الرعي وهو يحقق بدم انصرفت كالأصباح والصفق ، لأن الغنم في إعادة نفاق كذلك . فإذا ضرب بالخشخشة كان صامناً . وجاء أيضاً ( ص ٣٠ ) : وسنبحم الأئمة الحكيم عن أسد أقرسه إلى الرعي ليعفظها مدة معنومه ودفع إليه أجرة أحفظ والرعي . واشتغل الرعي بمهمة وترك الأفرس فصاعت . فهل يصم ؟ فقال لا . لأن ذلك متعارفاً فيما بين رعاة الخيل والأرهم . وجاء أيضاً ( ص ٣١ ) . وأهل قرية عاديهم أن العار إذا أدخل السرح في السكك يرسل كل برة في سكة صاحبها وم يديها إليه . ففعل الراعي كذلك ، فصاعت برة قبل أن تنص إلى صاحبها . لا يصم . إذ المعروف كالشروط . . زعم البقر أنه أدخل برة في القرية . وم يجدها صاحبها . ثم وجدها بعد أيام قد نفقت في نهر الحياة . فالواو كان عاديهم أن يأتي البقر بالقور إلى قرية وم يكلفوا بأن يدخل كل برة في منزل رها . صدق البقر مع يمينه في أنه جاء بها إلى القرية . . وجاء كذلك ( ص ٣٧ ) . واستأجر حملاً ليعص له طعاماً في طريق كدا . فأحدث طريق آخر . فهلك الماع . فإن لم يكن بين الطريقين تفاوت ولا صمان عليه . وإن تفاوتاً بأن كان السلوك أوعر أو أهدأ أو أحوو بحيث لا يسلكه الناس . يضم . .

وقد تدرج العناية المطلوبة . وضلت في حالة مقدار من العناية أكبر أو أقل من العناية المطلوبة بين الناس . ويتبع الخلاف في ذلك بين الفقهاء . من هذا ما جاء في مجمع المصنفات ( ص ٢٧ ) . والأخير على برعين . أحير مشترك وأحير خاص . فالأخير المشترك هو الذي يستحق الأجرة ، لعمل لا تسليم النفس كالتقصير والتضاع . فله أن يعمل للعمالة ومن هذا يسمى مشتركاً والمتاع أمانة في يده . إن هلك بغير عمله لم يصن . ولا أجر له عند أبي حنيفة . وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق العال لا يصن . لم أن أحبط مستحق عليه تبعا لامقصوداً . ولهذا لا يقابله الآخر . وفي قوله قول عن وقولها قول عمر ، ، ونرى من ذلك أن العناية المطلوبة قد تفاوتت مقدارها . فقد لا يعتبر تقصير أو أن يهلك المتاع في يد الأخير المشترك بغير عمله وهذا هو قول أبي حنيفة . والعناية المطلوبة من الأخير المشترك في حفظ المتاع الذي يقع عليه صعبه هي عناية الرجل المعتاد لأن التزامه بحفظ المتاع جاء تبعا لامقصوداً ، وما دام هلك المتاع بغير عمله فلا ضمان عليه . ولكن لصاحبه يتطلبان عناية أكبر ، فلا يكفي لانقضاء مسئولية الأخير المشترك أن يكون هلك بغير عمله . بل لا تنفي مسئوليته إلا إذا كان الهلاك بسبب أحق لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق العال . لأن حفظ المتاع مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل بدونه .

ويبدو أن الاتفاق على تعيين المسئولية أكثر تقيداً في الفقه الإسلامي منه في الفقه العربي . فقد رأينا في الفقه العربي أنه يجوز الاتفاق على جعل المدين مسئولاً عن السبب الاحتمالي ويكون هذا بمثابة تأمين ، أما في الفقه الإسلامي فلا يجوز الاتفاق على حسن الأخير المشترك مسئولاً فيما لا يمكنه الاحتراز عنه وهذا باعاق الأئمة الثلاثة في المذهب الحنفي ، والاتفاق على جعل الأخير المشترك غير مسئول فيما يمكنه الاحتراز عنه فيه خلاف بين

الإمام ويذهب إلى حوار الاتفاق وصاحبه ويذهب إلى عدم حوازه .  
 جاء في مجمع الضمانات ( ص ٢٧ ) في هذا " صدد : ه وإن شرط عليه الضمان .  
 إن كان الشرط فيما لا يمكنه الاحتراز عنه . فلا يجوز . بالاتفاق . وإن كان  
 فيما يمكن . فعلى الخلاف . وهو لها نفق اليوم تنعير أحوال الناس وبه يحصل  
 صيانة أموالهم . كذا في الإصحاح علا عن النبي . . . . . . . . . . . . . . . .  
 على المسؤولية عن سبب الأختى لا يجوز . أس شرط الضمان على الأمين  
 باطل . جاء في مجمع " ضمانات ( ص ٢٣ ) : . . . . . . . . . . . . . . . .  
 ما حلف هلاكه .  
 حلف أنه وثمة لا يضمن . وشرط الضمان على الأمين باطل . كذا قال  
 الاستر وش .  
 لما مر أن دفع مثله من الحفظ .  
 فيجوز .  
 هذا جواب ما ذكره من اشتراط ضمان على الأمين . قال صاحب الفصولين  
 أقول الظاهر أن الدخ ليس من الرعي . فلا يدخل تحت العقد . فهو متبرع  
 في الترامه .  
 والأصل في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء . جاء في صده في مجمع الضمانات  
 ( ص ٢٣ ) ما يأتي .  
 قد بحثها .  
 فلا يدخل تحت العقد . قال مشايخنا هذا إذا كانت يرجى حياتها أو كانت  
 مشكل الحال يرجى حياتها وموتها . أما إذا تيق موتها فلا ضمان عليه . لأن  
 الأمر بالرعي أمر بالحفظ . والحفظ الممكن حال تيق الموت الدخ . وبصير  
 مأموراً بالدخ في هذه الحالة . وكذا الدخ في البقر . لأن الدخ في مثل هذه  
 المواضع لإصلاح اللحم . فأما إخراج فلا يدخ . وكذا البعل . لأن الدخ لا يصلح  
 لغيرهما . ولا يدخ الفرس أيضا عند أبي حنيفة إذا لصح من مذهب أن لحم  
 الفرس مكروه كراهة تحريمه . وفي الخلاصة الراعى لو حلف الموت على

الشاة وموتها ، لا يضمن . وكذا استحسن بعض مشايخنا إذا كانت بحيث يحقق موتها . . . يرى من ذلك أن هناك خلافا فيما إذا كان دفع لشاة المشتق موتها ربح في أعمال الخطأ الواحدة على الراعي . فمن ذهب إلى أن ذلك يدخل أحار ، طبيعة الحال شرص نصيبان على الراعي إذا . . دفع لشاة . ومن ذهب إلى أن ذلك لا يدخل . ومات الشاة ، فلا يضمن على الراعي لأن الموت قوة قاهرة لا يكون . اعني مسئولاً عنها ، فإذا شرص على الراعي الصبر كان الشرط غير حائر لأنه شرط يتخلله مسئولاً عما لا يمكن الاحتراز منه " .

أما عبء إثبات الخطأ العقدي ، فاعطاه في فقه الإسلام أنه يجب التيقن في يد المدين بين ما إذا كانت يد صحتي ، فيقع عليه إثبات أنه قام بالبراه وهو التبراه بتحقيق غاية . ومن ما إذا كانت يد أمانة ، فيقع على الدائن عبء إثبات أن المدين . والبراه أنه لم يزل غاية . فلهذا العاية الواجبة . جاء في مجمع الصلوات ( ص ٢٨ ) في هذا الصدد : « وفي مضمون الهداية لو قتل الأجير المشرط سرق أو هلك صدق مع حلفه عده . لأن يده يد أمانة عده . وعدهما بضمن لأن يده يد صحتان عدهما . فلا يصدق بلا برهان . قلت إنما يدفع الرهان عدهما فيما لا يمكن الاحتراز عنه لماسر ، فلا يضمن . . . . . ووجه في ص ٣٩ : « ولو كان أحيراً مشتركاً ، مات من الأتعام ، لا يضمن بالاتفاع . إذا الموت حثف أنه مما لا يمكن التحرر عنه . وهذا لو ثبت الموت بتصادفهما أو بالبيعة . فما إذا أدعى الراعي الموت وجحد رب لعم ، فعند أي حنيفة

---

(١) « واستراط الضمان على الصغير باطل . . . . . وقيل إذا سرق الضمان على الصغير مصر مصبوه عندما في روايه ، ذكره الرطبي ، وحرم به في انجوهه ولم يقل في رواية . لكن نقل بعده فرع البرائة عن البيهقي ، ثم قال « في التوديع والعين المؤخره فلا ضمان بحال » . . . . . ونكر في الترابيع البيهقي ، ثم قال على أنه ان ضاع فلان ضامن له ، فاعاره وضاع ، لم يضمن ، من العادة المألوفة من الإساءة ، وفي التمس إذا قال لعمه أغرس بوبك فلان ضامن به فلا ضمان عليه ، وهذا الشرط باطل ، وكذا انحكم في سائر الامانات نحو النوائع وغيرها أحد . » . . . . . مجمع الصلوات ص ٥٥ . « واستراط انضمام على المودع باطل ( مجمع الصلوات ص ٦٨ ) .

القول قول الراعي لأنه أمين . وعندهما القول قول رب الأعمام . ومخلص من ذلك أن الأمين — المودع عنده والمستعير والمستاجر وغير هؤلاء — لا يصح عليه عبء إثبات أنه لم يقصر في الحفظ والقول قوله بيمينه . ويقع على الدائن عبء إثبات أن الأمين قد قصر .

يمنى بعد ذلك أن يتعرض بعض أنواع الالتزام بدل عناية في الفقه الإسلامي ، كما استعرضنا بعض أنواع الالتزام لتحقيق غاية . فإمكان اعتبارها أمراً ما يدل عليه ( ١ ) التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة ( ٢ ) التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة ( ٣ ) التزام المستعير بالمحافظة على العين المستعيرة ( ٤ ) التزام المرتهن بالمحافظة على عين المرهونة ( ٥ ) التزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل .

### التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة .

يطلب المستأجر حفظ العين المؤجرة ، وعليه أن يدل في هذا الحفظ عناية الحسن المعتاد ، فإن يدل على هذا القدر من العناية كان متعدياً ووجب عليه الصيانة . ويثبت على هذا الأصل الفروع الآتية .

( ١ ) يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة الاستعمال المعتاد المألوف بين الناس ، فإن خرج على الاستعمال المشروط أو على الاستعمال المألوف بين الناس كان متعدياً وصح . جاء في مجلة القضاة ( ص ١٣ — ٢١ ) : « أعم أن كل فعل قبل فيه يسر لتستأجر أن يفعله ، فإنه يصح ما تلف بفعله ، ولا يضر أنها محصورة بالمستأجر . هي أصل شامل لجميع مسائل الصيانة في جميع الآراء . ولو استأجر دابة للركوب ، فإن أصلى فله أن يركب غيره . ولو قال أن يركبها فلان فركبها غيره فعصت . كان صاماً . استأجر حماراً وقصه فأرسله في كرمه وتركه ففترقه ودغنه وأصاب الخمار الفرد ثمرص ، وردده على صاحبه فأت من ذلك المرض . إن كان الكرم

حصبناً والبرد بحال لا يصر مع البردعة ، لأشئ عليه من الضمان في البردعة  
والخمار . فإن كان بحال يصره مع البردعة ، ضمن قيمة الخمار دون البردعة .  
وإن كان الكرم غير حصين ، إن كان البرد بحال يصره بخمار مع البردعة ،  
ضمن قيمتهما . وإن كان بحال لا يصره مع البردعة ، ضمن قيمة البردعة دون  
الخمار . وعليه نقصان خمار في وقت الرد إلى صاحبه ، لأنه يمرله العصب  
للخمار حتى أرسه في الكرم ، فذا نسبه إلى صاحبه يرى من الضمان . قال  
رحمه الله ذكر حصين وم يصره في النوال ، فمرست على المصهي الإمام  
فقال أنه يكون له حظان وارب معلق فإن عده أحدهما فهو غير حصين ،  
والمراد من حائط أن يكون مرتفعاً بحيث لا يقع نظر المار على ما في الكرم .  
ومن مستأجر دابة إلى مصر وم يسم ما يحسن عليها ، ضمن ما يحسن الناس أي  
المعتاد ، فسقت في الطريق . فلا ضمان عليه لأن بعين المستأجره أمانة في يد  
المستأجر . . . . . أسأجر خماراً وخم عليه . وله خمار حر ضمن عليه أيضاً .  
فلما سار بعض الطريق سقط خماره فاشتعل به . وذهب الخمار المستأجر  
وهلك . فهو كان بحال لو ادعى الخمار المستأجر يهلك خماره أو متاعه . يضمن .  
وإلا ضمنه . لأن الأمين بما يضمن يتركه أحفظ إذا كان بعينه عذر . . . . . استأجر  
خماراً لسفل عليه لخطب فأوفره بما يوفره به مثله . فأصاب خمار حائطاً  
أو نحوه فوقع في البحر . إن كان المستأجر ساقه سوقاً معتداً في طريق يسلكه  
الناس ولم يصف عليه ، صرب . لا يضمنه . . . . . أسأجر خماراً ليذهب به إلى  
موضع معوض ، فأخبره أن في الطريق لصواصاً فهو يتقرب بذلك ، وذهب فاحده  
اللصوص وذهبوا به خمار . إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا  
الخبر بدواهم وأموالهم فلا ضمان عليه ولا ضمن . . . . . استأجر دابة وقصها  
ولم يعين الزاك . كان له أن يوقرها ويغيره ويودعها . . . . . وجاء أيضاً  
(ص ٢٤) . . . . . استأجر حيمه لينصها في سنة شهر ، فقصم في شمس أو في المطر  
وإياه يصر ، يضمن . وإذا سب فعليه الأجر . ولو أخرجها إلى السواد  
يضمن ، من أوجز . وفي القصولين أجز حمة بنصها في داره ، قصها في

دار أخرى في نفسه أخرى من هذا المصير ، يجب الآخر ولا يصح لعدم  
التفاوت ، إلا إذا خرجها من المصير فصفاها هناك فلا أجر ، سدت أولا ،  
ويصح مخالفة أمره حيث أخرجها من المصير فتصير به رد مؤونة الرد على  
المؤجر . . لو أن هذا السراج أو ببقاد لما لا يصح ، إلا إذا حاور ما هو  
المعروف والمعناد ، . وجاه كذلك ( ص ٢٥ - ص ٢٦ ) : . وفي الخلاصة  
لو أقعد فيها ( في السراج ) فصاراً فاهدمت من عمله ، صح ولا يجب الآخر  
فيها صح ، . ويبقى أنه يجب فيها . يصح وهو الساحة . . استأجر أرضاً  
ليزرعها حصة قرر بها رطبة ، صح ما نقص لأن الرطب أصغر بالأرض من  
الخططة ، ولا أحر لأنه غاصب للأرض ، .

( ٢ ) وإد - المستأجر على المشروع أو المثلوف ، وعطيت العين ،  
صح أم إن سلت ، فهو غاصب بقدر ما ردت ، فإذا صاعت العين صح  
كغاصب هذه الريادة . جاء في مجمع لصيانات ( ص ١٣ - ١٦ ) .  
ولو استأجرها لئحتم وسمى بوعا وقدراً نحه عليها ، مثل أن يقول حصة أفقرة  
حطمة ، فله أن يحتم ما هو مثل الخططة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم ،  
وأيضاً له أن يحتم ما هو أصغر كاللصع . ولو استأجرها ليحمل عليه قطناً سماه ،  
فليس به أن يحتم مثل وره حديداً . ولو استأجرها ليحمل عليها مقداراً  
من الخططة تحمل عليها أكثر منه فعطيت ، صح ما راد النفس ، إلا إذا كان  
حمله لا يطيقه مثل تلك اليدانة فيحمل يصح كل قيمها ، من الهداية . قلت إنما  
يصح ما راد الثقل فيما إذا كانت تطبق أحسن إدحمها المسمى واريادة دفعة  
واحدة . أما لو حمل المسمى أولاً ثم حمل اريادة وهلك ، صح كل القيمة  
لو حمل ريادة على مكال حمل عليه المسمى ، ولو حمل في مكان آخر ، . فمن  
قدر الريادة أيضاً ، لو استأجرها ليحمل عليها كذا فراد على المسمى وسلت  
في المقصد ، فيما وضع الحمل جاء بها سائله ، فصاعت قبل الرد على المالك ،  
صح من قيمتها قدر اريادة إذ غصب منها ذلك القدر فلا يبرأ إلا بالرد . .  
استأجرها ليحمل عليها شعيراً تحمل في أحد الجوالقين شعيراً وفي الآخر

حطة ، عظمت لدانة . حتى نصف قيمته . وعليه نصف الآخر ، لأنه في النصف مخالف . . وجاء أيضاً ( ص ٢٤ ) : « استأجر ربحي على أن يطحن فيها حصة ، فطحن غيرها ، من كان قدره من الحصة أو دونه لا يكون مخالفاً . وإن كان فوقه يكون مخالفاً فيعتبر فيه أحكام النصف . »

( ٣ ) وبغير تعدياً ألا يستعمل المستأجر العين أصلاً وتمسكها ، فيضمن ولا أجر عليه . جاء في مجمع الصناعات ( ص ٢٠ ) : « استأجر دابة ليهب إلى مكان كذا . فأمسك في شئ . لا يجب الآخر . وبضمن لو هلكت . » وجاء أيضاً ( ص ٢٦ ) : « استأجر من أرض الخيل فررعها . ولم ينظر ولم يبت حتى هبت الريح ، ثم أمطرت ومنت طالع كفه بالمسأجر . وليس عليه كراه لا من ولا نقصان . »

( ٤ ) وبغير كذلك بعداً ألا يرد المستأجر العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة . جاء في مجمع الصناعات ( ص ١٩ ) : « أمسك المستأجر عبد مضمي المدة أو تركه في دار غيره . ضمن . يرد ربح عليه بعد انتهاء المدة . وإذا تركه في دار غيره وعيبه عنه تصبغ . من نقصه أين . وفي مشتمل الهداية نقلاً عن فتح يده عن المسأجر . « المسأجر على المالك . وعلى الذي أحرقه أن ينقص من مال المسأجر . وإن أمسك فملكته مضمن . » وليس هذا كعقار . ثم قال نقلاً عن الأحكام قال أبو حنيفة كل شيء حمله مؤونة كرحى ليدفع مؤجره أجر . . وعيبه أحده وليس على المسأجر رده . ومما أحسن له كما شاب وبدانة فعلى المسأجر رده . »

( ٥ ) وردا ضمن المسأجر لثعبه . فلا أجر عليه . رد الأجر والصين لا يضمن . جاء في مجمع الصناعات ( ص ١٨ ) : « التروى استأجر حمراً ليحمل عليه رأياً إلى المدينة . فعرض . فوضع عليه في الرجوع قفير ملح بلا إذن . فرفضه . ضمن نصيبه . ولا أجر إذا لا يضمن . »



### الترام المودع عنه بالمحافظة على العين المودعة :

يترام المودع عنه التزاماً أصدياً بحفظ العين المودعة ، حتى يرددها للمودع .  
وهذا الترام بدل عادية ، لا الترام تحقيق عاية . فيترام المودع عنه بأن  
يبدل في حفظ المودعة عاية الحس المعتاد ، فإذا انحرف عن سلوك المألوف  
في حفظها كان متعدياً وصح . " ما يذكر أن هذه العاية ، فإنه يكون قد تعد  
الترام من حفظ المودعة . حتى لو هسك فيها تهت أمانة في يده ويحس  
المودع تبعه خلاش . فحس كس يكون السوء المألوف في حفظ المودعة ،  
وما بعد انحرافه عن هذا السوء فيكون عداءاً وحس الصن .

( ١ ) من سويح أن يودع المودعة لا ين . ولا يصدق على شعوى  
الإذن ، لا ينسب ، ولو صغ في حرر غيره . يساع . لا ين . استأجر آخر . فيكون  
حافضاً بحرر . نسبه . . هو أو دعها آخر غير . فيفسك ، فسلك أن يصمن  
الأول لا الثاني عند أني حبيقة . وقلا له أن يصمن أيهما شاء من الأول  
لا يرجع على الآخر . ومن صمن الآخر : حج على الأول . من الهداية . وبين  
المودع أن يؤاخر المودعة أو أن يرهها . فلو تبعه لا يودع . ولا تعار  
ولا تؤخر . ولا ترهم . من فعل شيئاً من ذلك صمن ( مجمع الصلوات ص ٦٩ ) .

( ٢ ) - اشرط المودع شرطاً مفيداً ، تنقيد المودع عنه به . فهو قال  
احفظها في هذه الدار ، فحفظها في دار أخرى صمن . لأن الدارين يتعاونان  
في الحرر . فينصبه ناشط . وقبل لا يصمن و الدار الأخرى آخر أو سواء في  
آخر . . . . . فيصمن لو أنه حج في وضعها دار أخرى . ولا يصمن لو احتج  
إذ تعين بلغو حينئذ . ولا يظن منه حفظ ماله بطريق لا يقدر عليه .  
وهكذا لو قال : ائساع . فساو . صمن . لأن القيد مفيد . إذ الحفظ في  
المصر أسع فكان صحيحاً . وو شرطاً لا يفند أصلاً . كنعين صدوق  
سبت . ولو قال وضعها في كيسك فوسع في صدوقه لا يصمن ( مجمع الصلوات  
ص ٦٩ - ص ٧٠ ) .

( ٣ ) ولوم يعين أن قال احفظها ولم يقن في مكان دافسها ، هو كان الطريق محققا حتى بالإجماع ، وبلا لا يضمن بالإجماع إذا لم يكن له حمل ومؤونة . وقد أمر بالحفظ مطلقاً . هو كان لا بد له من اسم و قد عجز عن حفظه في المصر انتهى أو دعه فيه . لم يضمن بالإجماع . ولو لم يكن لا بد له من اسم ، فكذلك لا يضمن عدد أي خيفة قريباً كان أو بعيداً . وعدد محمد يضمن في حالين . وإذا وصع الودعة في داره وبدخلها أهدس كثيره فضاقت . فإن كان شيئاً يحفظ في الدار مع دحو لهم لا يضمن ، وإن ذهب يضمن . وإذا وصع الودعة في بيت حراب في زمان الفتنة . فإن وصعها على الأرض يضمن . وإن جعلها تحت التراب لا يضمن . ولو دفع رحن إلى رجل حواهر لسبعه . فقال القاص أربها تاجر أ لأعمى فبعتها . فصاعت الحواهر قبل أن يربها . قال الشيخ أو نكر محمد بن الفضل إن صاعت أو سقطت بحر كنه يكون صام . وإن سرفت منه أو بمراحته أمانته من غيره لا يضمن . وإذا جعل الودعة في حبه وحضر مجلس لمحق فصاع بعد مسكر لسرقه أو سرقه أو غيره . قال بعضهم لا يضمن لأنه جعلها في موضع يحفظ مال نفسه . وقال بعضهم هذا إذا لم يكن عقله أما إذا راح بحيث لا يمكنه حفظ ماله يصير صاماً لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فصار مضيعاً أو مودعاً غيره . أنظر مجمع الضمانات ص ٧٠ — ص ٧٤ .

( ٤ ) إذا تعدى المودع في الودعة . أن كانت دابة فركها أو ثوباً ففسه أو عداً فاستخدمه أو شيئاً فافترشه أو أودعها غيره . ثم إن تعدى ووردها إلى يده إلى حالة الأولى . . . . . من أصان ( مجمع الضمانات ص ٧٣ )

( ٥ ) إذا كانت الودعة مما يتطرق إليه الفساد . كما إذا اشترى بطيخة وتركها عند النائع حتى يرجع ثم غاب وجف عليها الفساد فسأع بيعها دون أكلها بشرط الصمن . وإذا كانت الودعة شيئاً من الصوف والنايك غاب جف عليها الفساد . ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يسمعه . ومن لم يرفع

حتى قد لا ضمان عليه . ولو كانت الودعة حصة فأفسدتها القارة وقد اطلع  
المودع عنده على ثقب معروف ، فإن أخبر صاحب الحصة أن بها ثقب  
القارة لا تضمن ، وإن لم يخبر بعدما اطلع على ذلك ولم يسهه كان صامما .  
وإذا جعل المودع عنده حاتم الودعة في حصره أو سهره تضمن ، وإن جعله  
في الوسطى أو السانة أو الإبهام لا تضمن . وعليه لغوى . ولو كان المودع  
عنده امرأة ، فهي أى أصعب لسهه تضمن . ولو كان في يد رجل ألف درهم  
ودعة لرجل . فمات المودع وعنده ألف درهم دين معروف أنه عليه ، وترك  
أبا معروف ، فنقص المستودع الألف مائة . . . تضمن لأن الألف ليست  
وقد قصاه بن من له الحق وهو عتبة الميب ، وأبى للام ميراث حتى ينقص  
الدين . ولو كانت الودعة دابة فصاحبها شيء . فمات المستودع رجلا يبيعها فباعها  
فقطب في ذلك ، فصاحب الدابة بالخير تضمن أجهدا شاء ، فإن ضمن المستودع  
لا يرجع هذا على ائسى عاصها بغيره . وإن ضمن الذي عاصها إن كان لما مو .  
علم وفق لمعالجة أن الدابة لغير ائدى في يديه وعد أن صاحب الدابة لم يأمر  
المستودع بذلك لا يرجع ، وإن لم يبعها غيره أو طرأ أنها له كان له أن  
يرجع على المستودع لأنها كانت في يده وليد دين الملك من حيث الظاهر  
(أبطل مجمع الصحائف ص ٧٣ ص ٨١) .

(٦) إذا حاط المستودع الودعة بماله حتى لا يتمر صمها ، ثم لا سبيل  
سودع عليها عند أن حبيفة . وقال إذا حاطها بماله فهي شكة إن شاء ،  
مثل أن يحيط الدرهم لبص باليص ولسود بالسود والخطبة بالحصنة والشعير  
بالشعير . وحاط الخن بارت وكل مانع غير حله يوجب انقطاع حق  
المالك إلى الصهر بالإجماع لأنه استهلاك صورة ومعنى القسمة باعتبار  
اختلاف الجنس (مجمع الصحائف ص ٨٢) . وإذا مات المستودع بماله الودعة  
صمها (مجمع الصحائف ص ٨٧) .

(٧) إذا طلب الودعة صاحبها خسرناه عنه وهو يقدر على تسليمها ،  
ضمها (مجمع الصحائف ص ٨٤) .

## النزاهة المستعير بالمحافظة على العين المعارة .

أما المستعير ، بحقيقة عن نوع المعارة هو أن المستعير لا يملك سلطة على العين ، فطلب من المستعير مقدار معين من العين ، هو مقدار عبادة روح المعاد حتى يكون قد قام بتعبيد الله . وإن سلب هذه العبادة ، وهلكت العين في يده ، هلكت أمانه على المالك . وإذا قصر عن سلبها كان متعبدا ، وإذا هلك العين ضمن قضا ، أو مثلهما لمعير . وبملاحظة في العبادة أو أوجه على المستعير ما يأتي :

( ١ ) من المستعير أن يؤجر شيء المعارة ، فإن أجزءه " تعطب " ضمن . ولا يرجع على المستأجر . وإن شاء المعير ضمن المستأجر . ويرجع المستأجر عما ضمن على المستعير لم يجر أن الشيء كان عبادة في يده . أما إذا عُد فلا يرجع . ويجوز للمستعير أن يعير إن شاء عين ما يتبعه به . سواء احتلف باختلاف المعين كما كوت الدابة أو بخلاف كاحمل عليها . وإن عين ما يتبعه فمستعير أن يعير ما لا يخلف . وإنما الإبداع فقد احتلف فيه بالنسبة لمن يملك الإعارة . أما من لا يملك الإعارة فإنه لا يملك الإبداع . أنظر مجمع الضمانات ص ٥٥ .

( ٢ ) اعتبر عددا من المستعير موجب بضمير أن يستعمل العارية فوق المشروط أو فوق المأوف . وفي " حاور " الوقت أو نوع الاستعير أو بحرف عن السوء المأوف لمرجل المتعد في حفظ العارية ضمن . جاء في مجمع الضمانات ( ص ٥٧ - ص ٦٠ ) ولو كانت اماراة مؤقتة فمسكها بعد الوقت مع إمكان إرجاء . ضمن وإن استعملها بعد الوقت . ولو وضع المستعير بين يديه

(١) هو استعارة سببا ففجره ، فالأجزاء به ، ويصدق بها ، كما لو غصب سببا ففجره ، والأجزاء تكون للعاصب ويصدق بها بحصولها بسببها حسب .

وبام . لا يصح . لأنها حفظ عامة ، نكح هذا رد . ناه حالها لا مصطلحها .  
لو داه مضطجها صحن في احصر لافي السر .. استعار دابة إن خيرة ، تجاور  
ها من اعداسة ثم رها إلى الخيرة . فمقت . فهو صام . استعارها ليحمل  
عليها عشرة محايير حطة حمل عليها خمسة عشر محتوما ، وهلك الدابة . يصح  
ثبت قيمتها . وهذا بخلاف ما إذا استعاره . يطحن بها عشرة محايير و صحن  
أحد عشر فمقت . فإنه يصح جميع قيمتها . والفرق أن في الصحن التلف  
حصص من المحييم الخادى عشر وهو يعبر بدن صاحبها . وفي حن التلف  
حصص بحمل لكل لأن حن لكل وحده حمله فكان التلف مصافا في لكل ..  
اصعار نوراً يساوى خمسين استعماله . فخر به مع نور يساوى مائة . فمقت  
النور . العارية . إن كان الناس يفتنون من ذلك لا يصح . وإلا يصح . إذا  
ربط احرار استعار بحسن . فاحقق . لا يصح . استعار دابة في موضع .  
فسلك طريقا ليس مسلوئ . صحن إن عطف . ونوعين طريقا فسلك طريقا  
آخر . إن كانا سواء لا يصح . وإن كان أبعد أو غير مسلوئ صحن . وكذا  
إن كانا متعارفين في الأمر . استعار نوراً واستعمله وفرح به يحمل حظه .  
وذهب في المسرح فاحقق به . صحن استعار دابة في مكان . في أي طريق  
ذهب لم يصح بعد أن كان طريقا يسلكه الناس . وبوطريقا لا يسلكه  
الناس إلى ذلك لمسكان صحن إذ مطلق الإذن يصرف إلى المتعارف . استعار  
دابة وعن جهة الانتفاع ثم خالف . فهو على ثلاثة أوجه . أن يخالف  
في المعنى مع اتحاد الجنس أو يخالف في الجنس أو يخالف في القدر . أما الأول  
وهو الخالفة في المعنى مع اتحاد الجنس . بأن استعار ليحمل عليها عشرة محايير  
من هذا البر تحمل عليها عشرة محايير من آخر . لم يصح . وكذا لو استعارها  
ليحمل عليها من ربه حمل عليها مثله من غيره . لأن مثل هذا القيد غير  
مفيد . وأما الثاني وهو المخالفة في الجنس . بأن استعار دابة ليحمل عليها  
عشرة أقفرة بر حمل عشرة أقفرة شعير . يصح قياسا إذ خالف في الجنس .  
لا استحسانا لأنه أحب مخالفة إلى خير . حتى لو سمي مقدارا من البرورنا

خمس عليها مثل ذلك الورن من شعير صم يدأخذ من ظهر الدة أكثر مما يأخذ البر . وكذا ولو استعارها ليحمل عليها را خمس حصص أو قطناً أو مسا ذلك الورن صم لما مر . وكذا لو خمس حديداً أو حراً أو حجارة بورن البر صم ، لأنه مما يصدق ظهرها فيكون أضرب . وأما ذلك وهو مخالفة في القدر ، فن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتم فحمل خمسة عشر مخوما ، فلو علم أنها لا تنطبق حمل هذا القدر صم كل قيمها للإتلاف ، ولو علم أنها تطبق صم ثلثها نوربعا للصين على قدر ما يدون وغيره .

( ٣ ) إذا هلك العارية في يد المستعير ثم استعفت ، فلمستحق أن يصم العير أو المستعير أبهما شاء . ولا يرجع أحدهما على الآخر . وفي الإحارة يرجع المستأجر على المؤجر دون العكس . أنظر مجمع الصلوات ص ٦٥ .

( ٤ ) استعار أرضاً ليس فيها أو بعرس ، ثم بدا للمالك أن يأخذ الأرض ، كان له ذلك سواء كانت الإجارة مطلقة أو موفقة إلى عشر سنين أو أكثر أو أقل ، لأنها غير لازمة . ثم إن كانت لإجارة مطلقة ، لا يضمن المغير للمستعير شيئاً ويكون للمستعير غرسه وسأؤه ، وعلى قول ابن أبي ليلى والشافعي يصم المغير قيمة البناء والعمرس قائماً يوم الاسترداد ، ولو كانت الإجارة مؤقتة ، بأن قال صاحب الأرض أعمرتك هذه الأرض عشرين سنة لتعرس فيها أو تنس ، ثم رجع عن الإجارة فمن مضى الوقت ، كان صامناً للمستعير قيمة العرس أو البناء يوم الاسترداد ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفع العرس أو البناء فيكون له ذلك إذا كان قلع الأشجار أو رفع البناء لا يضر بالأرض ، وإن كان يضر كان لصاحب الأرض أن يملك العرس أو البناء بالقيمة . أنظر مجمع الضمانات ص ٦٦ — ص ٦٧ .

( ٥ ) استعار عبداً ليرهنها ولم يسم ما يرهه ، فله أن يرهى متى قدر وبأى نوع شاء . فلو هلك المستعار في يد المرحن ، صم المستعير لمعير قدر ما يسقط به عن المستعير من الدين . ولو أن الراهن عجز عن فكك الرهن

فقضى للمعير دين الرهن . كان للمعير أن يرجع على المستعير بقدر ما يسقط من الدين عند الهلاك ولا يرجع بأكثر من ذلك . حتى لو كانت قيمة الرهن ألفاً . فهو تأليف بين المعير وافتكه المالك تأليف لا يرجع على الرهن بأكثر من ألف . وليس للمعير أن ينفع بالرهن ولا أن يستعمله قبل الرد ولو بعد الصكك . فإن فعل صحت . ولو هلك المصلح عند المستعير قبل أن يرهنه أو بعد أن افكه ، فلا ضمان عليه . ولو هلك المستعار في يد المرتهن بعد قضاء دينه . يرد ما فقص على الرهن . ويدفع الرهن ذلك المقدار إلى المعير . أنظر مجمع الصحاح ص ٦٧ - ص ٦٨ .

### الزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة :

الرهن لا يلزم ولا يباحل في ضمان المرتهن إلا بالتقصير . فإذا قصص المرتهن العين المرهونة ، فقد أفسد من المرهون ومضمون على المرتهن ، والباقي أمانة في يده<sup>(١)</sup> . ومع ذلك أن هناك التزامين في ذمة المرتهن ، التزاما بتحقيق عاية هو رد قدر الدين من المرهون سائلاً إلى الرهن ، والزاماً بذل عاية هو حفظ باقي العين ، بالمعناية المأثوقة من الشخص المعتاد . فإذا هلكت عين في يد المرتهن . فإن كان الهلاك بعير تعد منه ، فقد قام بتنفيذ التزامه بذل عاية لشخص المعتاد . وقد أحل في الوقت ذاته تنفيذ التزامه برد قدر الدين من المرهون ، فإن هـذا التـزام بتحقيق عاية كما قدمنا ولا يتم تصديده إلا بـرد هذا القدر ولا يعتبر . لأسباب التي تحول دون ذلك ، والضمان هنا يكون بسقوط الدين إذا كان لم يدفع أو رده إذا كان قد دفع . وإن كان هلاك المرهون بتعد من المرتهن ، فقد أحل . لالتزامين معاً ، وكان صامت لتعين ويدفع قيمتها أو مثلاً ، ويبقى حقه في المعابة . الدين .

(١) والسبب في ذلك أنه نفع منه على العين بحيث يصلحه نفسه هي اسوق للدين فيه بد ضمان بقدر الدين أي بقدر مصلحته ، ثم هو يحفظ العين في باقيها للرهن ، فيدفع على الباقي يد أمانة .

ويلاحظ في الترامي المرتين السابق الذكر ما يأتي .

( ١ ) عند رد الرهن مضمون بالنقمة قد أن القيمة يوم رهن ألف وخمسة والدين ألف ، رجع الراهن على المرهن بمضمونه ، والمعتبر قيمة المرهون يوم القرض لا يوم الحل ، بالاتفاق ، حتى لو كانت قيمته يوم القبض ألفا وقد رهن بها وكانت يوم الحل خمسة وأربعين ألفا ، ذهب بالدين كله ، والرهن بعد الهبة والإبراء أمانة استحسان لا بصحة ، لا بالتعدي ، وبعد الإبقاء مضمون ، فلو وهب المرهن الدين من المدين أو أبرأه منه ، ثم هلك الرهن في يده بلا حسبه ، يهلك بعير شيء استحسانا ، خلافا للرهن ولو استوفى المرتن الدين كله أو حصه بإبقاء الرهن أو بإفاده متطوع ، ثم هلك في يده ، يهلك بالدين وبحسبه رده ما قبض إلى من قبضه منه ، الراهن أو المتطوع .

( ٢ ) لمرتهن أن يحفظ الرهن بعنه وروحه وولده لدى في عياله وخادمه لدى في عياله ، فإن حفظ بعير من في عياله أو أودع المرهون صم وليس لمرتهن أن يسافر بالرهن في قول أبي يوسف ومحمد ، فإن من كان صامنا ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة أنه لا يصح ، وإذا ألقى المرتن الخاتم المرهون في كبسه انحرق وصاح ما سقوه ، صم العين المرهونة كلها لا قدر الدين فقط ، وإذا قال الراهن لمرتهن أعطه الدال للبيع وحذ حقل ، فدفعه إلى الدال وهلك في يده ، لا يصح المرتن ، ولو كان الرهن شاء أو قرة يخاف عليها الهلاك فدفعها لمرتهن ، صم قياما ، والخاص أن كل تصرف يربى العين عن ملك الراهن كالبيع لا يملك المرتن ، ولو فعله صم وإن كان فيه حفظ المال عن الفساد ، إلا إذا كان بأمر الحاكم ، وكل تصرف لا يزيل العين ، يجوز لمرتهن أن يفعله ولو بعير أمر القاضي إذا كان فيه حفظ أو تحصيل ( مجمع الضمانات ص ١٠٩ ) .

( ٣ ) ليس لمرتهن أن يتفزع بالرهن ، لا بالاستخدام ولا بالسكنى ، إلا أن يأتى له المالك ، وليس له أن يتصرف بشيء في الرهن غير الإمساك ،



ولا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يودع، فإن فعل كان متعدياً ولا يبطل  
 الرهن، وإن سعى فلا يردن الرهن وحدث حله الاستعمال، ضمن كل قبضته  
 وصاحبها مكانه، كما إذا شفعه أحى وضمن قبضة، ولا يسقط شيء من  
 الدين (تجميع الخصومات ص ١٠٩، ١١٠) لأن الرهن ثوباً فلسفه المرتهن يردن  
 الرهن وحدث في استعماله لا يسقط الدين، لأن استعماله من الرهن الرهن  
 كاستعمال الرهن ولو حدث استعمال الرهن لا يسقط شيء من الدين،  
 و، من ثوباً يسدوى غائبين درهم عشرة درهم عشرة درهم عشرة درهم  
 الرهن فيشترطه ستة درهم، ثم يبيع درهم وأخرى من الرهن الرهن و يشترط  
 أربعة دراهم، ثم يبيع ثوباً وقبضة عشرة دراهم و، فإذ أخرج المرتهن  
 عن الرهن درهم واحد ويسقط من يده درهم دراهم، ووجه ذلك أن الدين  
 يدا ثوباً عشرة دراهم وقبضة ثوباً درهم عشرة درهم كان نصف الثوب  
 مضموناً بالدين ونصفه أمارة وصر كثر، ضمنها درهم، فإذا انقص  
 من ثوباً بقدره يردن الرهن ستة لا يسقط شيء من الدين، لأن ليس المرتهن  
 يردن الرهن ككس الرهن فلا يكون مضموناً، وعلى المرتهن ومما نقص بقدره  
 يعبر يردن الرهن وهو أربعة دراهم مضمون على المرتهن، فما وجب على  
 الدين وهو أربعة دراهم ثوباً فبقيت مدهرها من الدين، وإذا هلك الثوب  
 وقيمته بعد بمصان عشرة تصدق بمصم، به رخصتها أمارة، فقد المضمون  
 يصح المرتهن مستوفياً بقدره ومن من بقدره واحد، فهذا يرجع إلى  
 الرهن درهم واحد (تجميع الخصومات ص ١١٠)

(٤) إذا أعتد المرتهن الرهن لخدمته أو لعمل له عملاً فقصه،  
 من الرهن، وسكن بجره - مضمون المرتهن فإن ذلك في الرهن،  
 هلك غير شيء، المرتهن أن يبيع حله إن يده، لأن عتد الرهن إلقا إلى  
 مضمون في الحال، وكذا لو أعتد حدهم حله يردن الآخر، سقط  
 حله مضمون، وبقي عقد رهن فبطل منهما أن يرددها كما كان، وهذا

بمخلاف الإجارة والبيع والهبة من أحبي إذا باعهما أحدهما يادن الآخر حيث يخرج عن الرهن ، فلا يعود إلا بمقد متداً ، حتى لو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للعراة . وثمن المرهون المبيع رهن مكانه . وكذا لو باع العدل المصمون يخرج من أر ، يكون رها ، وبصر الثمن رها مكان الأول مقوصاً كان الثمن أو لم يكن . وإذا توى كان من مان المرتهن . ولو استأجره مرتهن جـ ، وبطل رهن لو حود القص للإجارة ، حتى لا يكون للمرتهن أن يعود في الرهن ، فهذا أمانة لو لم يحسنه عن راهه بعد معنى الإجارة . ولو أحر المرتهن الرهن من الراهن لا تصح الإجارة ، ويكون للمرتهن أن يعود في الرهن ويأخذه . ولو رهن المرتهن الرهن لأجنبي يادن الرهن ، يخرج عن الرهن الأول . وصار كمن المرتهن لأول استعار مال الراهن الأول له رهن رهنه . ولو رهنه مرتهن لا يادن راهه م يخرج ، وللراهن إبطاله . ولو هلك الراهن الأول لو شاء ضمن لأول وصمته ضمان رهن ويهلك في يد الذي تدبر الضامن إذ ملكه بصاه فكأنه رهن منك نفسه ، ولو ضمن الذي قصمناه ضمان رهن عند الأول وبطل الرهن عند الثاني ويرجع الثاني على الأول بما ضمن لديه ( بمجم الضمانات ص ١٠٣ — ص ١٠٥ ) .

( ٥ ) جناية الراهن على الرهن مصونة . وحماية المرتهن على الرهن تستقط من دية بقدرها . فإذا استهلك الراهن الرهن ، فإن كان الدين حالاً أخذ منه كل لدير ، وإن كان مؤجلاً أخذ منه قيمته فتكون رها مكانه إلى حلول الأجل . ولو استهلكه أجنبي ، فالمرتهن هو الخصم في تصمينه فيأخذ القيمة وتكون رها في يده . ولو استهلكه المرتهن وكان الدين مؤجلاً ، غرم القيمة وكانت رها في يده حتى يحل الأجل ، فإذا حل الدين استوفى المرتهن منها قدر حقه ورد الفصل إن كان ( بمجم الضمانات ص ١١٤ ) .

## التزام الوكيل بحسن ادارة اعمال الموكل :

يلتزم الوكيل فيما يلتزم به نحو موكله أن يقوم بالعمل الموطوء وأن يبذل فيه عناية لرجل المعتد ، فإذا انحرف عن سلوك المألوف في عهد الوكالة كان متعديا وضمن .

وبلا حذ فيما يتعلق بهذا الالتزام ما يأتي .

( ١ ) إذا وكل مالك وكيلاً في البيع ولم يذكر له أن يشتري أو يبيع أو يملك المألوف في التعامل أن يكون الشئ معطلاً فهو أحله الوكيل انحراف عن المألوف في التعامل . وكان لهو الوكيل أن يشتري ما يشاء في محل البيع أو يبيع الوكيل الشئ برفاءة ، بها صرح عليه ، ويسمى موكله من سرائره . وعدم وقت قصه ، وإلا فلا ضمان . مجمع الصلوات ص ٢٤٦ . ويجوز أن يكون إذا لم يعين المالك الشئ ، أن يبيع ما كان يشتريه العرض عند أي حصة ، وقال أصحابنا لا يجوز بيعه بغيره لأن البيع ليس فيه ولا يملك . إلا أنه يجوز والداهير . والوكيل بالشراء يجوز تقديمه على بقية . وإذا كان له من الماس في مثله ، ولا يجوز فيه لانتعاض الماس في مثله ( مجمع الصلوات ص ٢٤٩ ) . وجاء في مجمع الصلوات ( ص ٢٥١ ) . ورجل . ومع إلى حل عشره . وأمره أن يشتري له حصة ويراعها ، فاشترى المأمور حصة ورعها في وقت لا يخرج ريعها ، فإن كان اشتراها الوكيل في أمه أن يراعى ويراعها في غير أمه ، يجوز الشراء على الأمر . وعلى المأمور مثل تلك الحصة لأنه صار مستهلكاً بقتلها في أمه في غير أمه . وإذا كان اشتراها في غير أمه أو في أمه ، كان المأمور مشترياً لنفسه . فيضمن . أهم الأمر . لأن الأمر بالشراء له . فله مقيد . أن يراعى كالأمر بشراء أحمد وأحمد .

( ٢ ) الوكيل في عقد وكي في حرق هذا العقد حتى لو كان له الموكل . فلا يكون متعديا ولا يضمن . إذا قام بمستمرات العقد . فلو كان بالبيع إذا

أولها عن فضل الشئ لا يصح به . ثانياً عن فضل الشئ لا يصح به . ثالثاً عن فضل الشئ لا يصح به . رابعاً عن فضل الشئ لا يصح به . خامساً عن فضل الشئ لا يصح به . سادساً عن فضل الشئ لا يصح به . سابعاً عن فضل الشئ لا يصح به . ثامناً عن فضل الشئ لا يصح به . تاسعاً عن فضل الشئ لا يصح به . عاشرًا عن فضل الشئ لا يصح به .

[illegible]

( ٤ ) موکل نقص اشترأ بالاحتراز من أن يس في عياله نقص  
ذلك حال ، إذ حتى نقص موکل منه نقصته في غيره لكن موکل بضم

للأمر لو هلك في يد كاهن قبل أن يصير إلى الوكيل الأول ، كقصه نفعه ثم دفعه إلى من ليس في عياله ( مجمع الصيامات ص ٢٦٢ ) .

( ٥ ) وكيف باسح ، الشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته ، إلا أن يبيعه ، كثر من القيمة . وقال الصالحان يجوز نفعه مهم عمل القيمة بلا من عبده ومكاتبه ( مجمع الصيامات ص ٢٦١ ) .

## المطلب الثاني

### الضرر في الفقه الإسلامي

#### فكرة الضرر في الفقه الإسلامي وفكرة الضرر صفة

يختلف الفقه الإسلامي من لفظة الضرر في اختلافها في تحديد معنى الضرر في لفظة الضرر من معنى الضرر في الفقه الإسلامي وفي الضرر المادي من معنى الضرر في الفقه الإسلامي من حارسه ، وهو أن ذلك من نفعه أو من عمل أو من أي أمر آخر ، وهو أن أنه لا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً ، بل لا يشترط في الضرر إلا أن يكون متوقفاً على التفصيل الذي قدمناه

فما في الفقه الإسلامي فيه يشترط في الضرر أن يكون المصحور مالا متقرباً في ذاته ، ومن توحيد المصلحة منه ومن المادي يعطى مالا عنه . فلا بد من الضرر ولا من العمل ، إلا في استثناءات محدودة مبادئ ذكرها . ومن باب أولى لا يعرض عن أنه حارسه ، لئلا يكون أي ربح فانه ، إذا لم يكن هناك ما مفهوم في ذلك صاع على الواحد من المدين مثله أو قيمته . فهو من مدين داراً ، دفع قيمتها ، ولا يدفع ماخضره صاحب الدار من الاتصاف بها مدة من الزمن ، ولا ما فاته من كسب لو باعها قيمتها واشترى صفقة ربحية .

ويرد في التصيق من فكرة الضرر في الفقه الإسلامي قاعدتان معروفتان  
فيه ، نعرض لهما في إيجاز ، وهما : ( ١ ) الخراج بالضمان ( ٢ ) الآخر  
والضمان لا يعتمد .

### الخراج بالضمان :

نصت المادة ٨٥ من المحلة على أن الخراج والضمان ، يعني أن من  
صعد شيئاً أو تلف ، يستمتع به في مقامه الضمان ، مثلاً له المشتري حيواناً  
محملاً يجب وكون قد استعمله مدة ، لا يلزمه أجر به ، لأنه لو كان قد تلف  
في يده قبل ذلك لكان من ماله ، أي أن حاربه كالت راجعة إليه .

ويقول الأستاذ سليم با ( ص ٥٧ ) في التعليق على هذا النص : « الخراج  
ما خرج من الشيء ، خرج الشيء ثمرة ، خرج الخسوس ذره وندله ومن  
فروءه ، القاعدة ماسقة في حاربه من أن زيادة المصلحة غير المتولدة  
من الأصل كالت والتلف ، لا تلزمه ، نعم ، وتسلم للشئى .  
ولا يصح حصه لهالة حاربه لأنها ، من حرمة من لم يملكها بالنسب  
إنما ملكها بالضمان ( أشباه ) » .

### الآخر والضمان لا يعتمدان

نصت المادة ٨٦ من محلة على أن الآخر والضمان لا يعتمدان ، وإذا  
كان المستأجر مشروط بوجه يوجب ضمان ، كما إذا استأجر دابة على عمل  
معيّن نحو هذا المحل وهكت الدابة فلم يضمنه الضمان . يستمتع الآخر مع  
الضمان فلا آخر على المستأجر . أما لو سئمت الدابة فلم يضمن الآخر المسمى لأنه  
استوفى المصلحة المفقودة عليه وزيادته ، ولا أجر عليه بزيادة المسافة لأنه في  
هذه الزيادة كان ضماناً للدابة .

وقد يصح التماس في هذه القاعدة إلى حد العراة ، ولذلك يعدل عنه

إلى الاستحسان . فإذا استأجر عينا لعرص معين ، فاستعملها لعرص آخر ، فالقياس أنه لا يضمن ولا أجر عليه ، لأن الآخر والصمان لا يهتمان . فإذا فرض أن العين لم يصح ضرر من استعمالها في العرص الآخر ، فإنه لا يضمن شيئا ولا يجب عليه الأجر ، ولذلك قيل إنه يجب الآخر في هذه الحالة استحسانا لاقياسا . وقد جاء في مجمع الضمانات ( ص ٣٥ ) : « لو أفتد بها قصارا فانهدمت من عمله ضمن ، ولا يجب الآخر فيه ضم » . « ولم يندء شيء من القصاراة لا يجب الآخر قياسا ، ويجب المسمى استحسانا » .

وبلاحظ أن هناك قاعدة ثالثة في انفة الإسلامى تكمل القاعدتين السابقتين ، ونقصى بأن لصاحب يملك المال المضمون بالصمان من وقت قبضه . فهو يمكن أن يقرن هذه القاعدة الأخيرة بالقاعدة التي نقضى بأن لصاحب والصمان لا يهتمان ، فيكون الصلح في عدم اجتناب الآخر والصمان أن يقع الصلح فعلا ، فيدفع المأجر قيمة الشيء أو مثله ، ويعتبر مالكاً له من يوم قصه ، وتكون مفاعله له كالكاف . ولا يجب عليه الآخر ؟ إذا صح هذا التصور ، وجب القول بأن الآخر والصمان لا يهتمان في حالة وجوب الصمان فعلا . أما إذا لم يجب الصلح ، فحرد احتمال نحمل نفعه الهلاك لا يجمع من الآخر ، ويكون اجتناب الآخر واحتمال نحمل النفع في هذه الحالة أنبأ على سبيل القياس .

ونأتى ، بعد ما قدمناه ، شططقات تبين متى يعوض عن الضرر في الفقه الإسلامى ، وأخرى تبين متى لا يعوض عنه .

#### متى يعوض عن الضرر في الفقه الإسلامى :

قدما أن الصمان يجب فيه أن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته ، وأن توحد المعاملة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه .

فالعين المأجورة ، قيمة أو مثلية ، وهى مال متقوم في ذاته ، تكون محلا

للصمان . فإذا بعت أو باعت في يد المتأجر ، وكان ذلك تعديه أو نعهده ، وجب عليه الصمان . فهو سائر ذابة ليحمل عليها الخطأ إلى المص ، فحملته وصدمت حائطاً فوقعت في الهر ، وكان الطريق وعراً وبعلم المتأجر أن وفر الخطأ لا يمر سالماً في الغالب من هذا الطريق ، صم الذابة لصاحبها . ويكون الصمان يدفع قيمة الذبة . وكذلك يدفع القيمة كالم أو ضرب الذابة فالت من لصرب أو سائها ، صم وشده فهدكت . ولو استأجر ثوباً فلبسه على خلاف المعتاد فتحرق في الثوب ، صم بقصد فمه أن يقوم سائماً ثم يقوم بحرقاً فصم لفات ما بين التمتين

ولو تلفت العين المتأجر فهد أو اودعة أو المغارة تعدى لأحد الخاص أو المشترك أو تعدى المبيع عده أو تعدى المستعير ، أو تلفت العين المسماة على سبيل الشراء مع ، ثم ولو بعير بعد ، صم المدين قيمتها أو مثلاً ، ففقدان أمه بحسب الاحوال . ولو ضرب لربعي الشاة فهداً عنها أو كسر حياء ، صم صم قيمته . وروأ على الحياط قرشاً وقال إن حرج ثاء فسله ، بدل الواحد إن حرج ثم فصله ، ولكنه لم يخرج ثاء ، كان لصاحب الماش أن يصم الخاء فثامه ، وذلك بأن يستقي الحياط الماش له ولا يأخذ آخر أعى عمله ثم يعطى صاحب الماش مثل ثامه أو قيمته

### منى لايوصيه من الضرر في الفقه الاسلامي

فإذا لم يسكن المصمون مالا متقوماً في دينه ، فإن الفقه الاسلامي لا يعوص عن الضرر .

وأهم تطبيق لهذا المدأ هو عدم صم المنافع في الفقه الاسلامي ، لأنها أموال غير متقومة في ذاتها ، وذلك على التفصيل الآتي : الأصل أن المنفعة - كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الأجير - من قبيل الأعراض ، فهي



ليست مالا مقبولا في دية حتى يجب فيه لضمان ولا تقوم المصعة إلا بعقد  
كعقد الإيجار، فعند ذلك يستحق الآخر دفع المصعة، لا بحكم لضمان، بل بحكم  
العقد الذي قوبلها. ومن ثم لا تكون المصعة مصدرة بالعصب إذ لا عقد هنا  
يقومها. وقد جاء في مجمع التمهيدات (ص ٢٤١) «لو اشترى طاحنة بدينار  
في يده مرة ثم استحقها بدينار، فليس له أن يصاب المشتري بعتلات  
الطاحنة، لأنه ليس من أحد من المبيع، فليس له فعله، بل حافظ الدين  
الراي عن رجل اشترى كذا ما فقصه، فصرف المشتري فيه ثلاث مئين  
أو أكثر أو أقل، فاستحق له كذا من رجل آخر فقصه واحدة  
بقضاء القاض، فثبت المستحق من المشتري إليه في صرفه، فهو شري،  
هل يجب على شريه أن يبيع له ما لا يملكه من شيء حتى يشترى  
وعنه يسري، أي في البيع من المالك، فصلاح له في البيع  
الخطأ ومرة في البيع من المالك، أي من حيث البيع أو  
أصعبه، ها، فهو من البيع عند الشق أو لا يملك من البيع  
قائمة في ما يملكه من شيء غير قصده، فله أن يبيع من نفسه له،  
وهو متبرع، أي يبيع به بغير قصد، فله أن يبيع من نفسه له فلا، بل  
عن محمد في مشيئة الحاكم.

استقراضات: أي: يعرض فيها عن اقتناع في العقد الإسلامي  
والماكالت هي: مقطرة من الماء في دساعة واحدة وهي مقدار ساعة لم  
تلاحظهم لاعتبارات عملية، فقد سمع بنقته حتى مائة لاسماعات،  
أولاً - إذا مدحبه شخص صعب أديون إلى - وله، كان المصدر في  
المع أن يأخذ أجر من خدمته عن ذلك الماء، ولو بولي الصغير فلو ربه أن  
يأخذوا أجر من المدة من مستخدم مصدر (م ٥٩٩ المحبة) ، لك أن عقد  
بإيجار الأشخاص لها لا يفد لأنه (عقد - و إلى - لوت) ، ولا يستلج الصغير  
أن يرجع بالأجر المسمى في العقد - على مستأجره ، وأعلى للمسمى عند بلوغه  
أن يرجع بالتعويض على مستأجره عن العمل الذي قام به له ، وهذا العمل

يعتبر في الفقه الإسلامي منفعة الأدنى يرجع بأجر المثل لا بالأجر المسمى .  
وكان الأصل الإيعوض عن المنفعة ، ولكن أحيط التعويض هنا رعاية  
للمعبر . والظاهر أنه إذا أجاز لولي عقد ، لإيجار ، أو بلغ الصبي وأجاز  
العقد رجع الصبي على مستأجره بالأجر المسمى بموجب العقد ، لا بأجر  
المثل بموجب الضمان .

ثانياً - إذا كان المال مال وقف أو مال صميم ، فحينئذ يلزم من استولى  
عليه ضمان المنفعة أي أجرة المثل . فلو سكن شخص دار آخر مدة بدون عقد  
إيجار لا تترمه الأجرة ، لأن من كانت تلك الدار وقفاً أو مال صغير لزمه  
أجر من المدة التي سكنها في كل حال ( م ٥٩٦ من المحلة ) .

وهو الأساس سبب - ( ص ٣١٩ ) تطبيقاً على المادة ٥٩٦ من المحلة :  
« ولا فرق فيما إذا كان الموقوف موقفاً سكنياً أو للاستغلال أو لغيرهما  
كالمسجد ، فقد أمي العلامة أنه يبي في مسجد يبنى عليه رجن وحمله بيت  
قهوة أو دار أخرى مدة شغله ، كذا في الخيرية والجامعية . وبناء عليه إذا  
صط أحد علماء ومستقلاً صاحباً مدة مشتركة ببناء وقف وصغير وتصرف  
فيها مدة كان له أن يرضى بعد استخلاص حصة أو وقف أو اليتيم أن  
يعزم العاصب أجرة المثل بأجرة ما لمعت ، كما في الحامية . وكذا لو كان للوقف  
دار شروط السكنى فيها لاثني ، فصط أحدهما تلك الدار وسكنها مدة  
تقلاً ومستقلاً بدون دار الأجر ، كان له أن يرضى أن يرضى أجرة المثل حصة رفيقه  
عن المدة كلها . »

ثالثاً - إذا كان مال مع الاستغلال ، فله من يستولى عليه ضمان المنفعة  
أي أجر المثل إذا لم يكن الاستغلال عليه تأريين ملك أو عقد . فإذا كانت الدار  
دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد ، يرضى أجر المثل ، ومثل ذلك  
لو استعمل واحد دارة الكراء بدون إذن صاحبها لزمه أجر المثل ( م ٥٩٦  
المحلة ) ذلك أن المستولى بالتقيلاته على مال بدون تأويل عقد أو ملك مع

عليه أنه معد للاستغلال يكون بمثابة من قبل استئجار هذا مال من صاحبه ،  
ولما لا يمكن هذا أجر متفق عليه كان الواجب أجر المثل

وبمخلص من ذلك أن هذه شروطاً ثلاثة لصحة المفعة في الحالة الثالثة  
التي نحن ندرسها :

( ١ ) أن يكون المال معداً للاستغلال ، كالخيل والحمار ودار الكراء .

( ٢ ) وأن يكون المسمى على المال علماً أنه معد للاستغلال ، فلو لم يعلم  
بذلك لم يجب عليه الضمان . ولكن إذا طالبه المالك بأجرة فسكت وبني  
سكوتاً ، يبرمه الآخر أي سمح المالك ، لأنه يستكنه بدون راضياً بالأجر .

( ٣ ) وألا يكون المستوفى على المال قد استوفى عنه تأويل ميث أو عقد .  
فلا يلزم صم المفعة في مال متعصن بناءً على ميث ولو كان معداً للاستغلال ،  
هو أشد حايوتاً أو حاداً أو ضاحكاً أو نحو ذلك من لأموال المعة  
للاستغلال ، ونصرف فيه مدة ، ثم استحقه حق ، لا يلزم المشتري آخر المدة  
لأنه إنما يضمن فيه على أنه ملكه . ولو صرف أحد الشركاء بالاستغلال  
في أموال مشتركة بدون إذن شريكه ، فليس بشريك الآخر أن يطلبه بأجرة  
حصته ، لأنه استعمله على أنه ملكه . ولو عصب رجل دار آخر ، سواء  
كانت معدة للاستغلال أو غير معدة ، وسكن مدة على أنها ملكه ، لم يجب  
عليه لأجر لذلك ، لأنه سكن لدار على أنها ملكه . كذلك لا يلزم صمان  
المفعة في مال استعمل تأويل عقد . وإن كان معداً للاستغلال . فهو باع  
واحد من آخر حايوتاً بملكه بالاشتراك مع غيره بدون إذن شريكه .  
ونصرف فيه المشتري مدة . ثم لم يجر البيع شريك الآخر واسترد  
حصته من الميع ، فليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان الحايوت معداً  
للاستغلال ، لأن المشتري استعمله تأويل عقد هو عقد البيع . وكذلك  
لو أقرت رجل حايوتاً ونصرف فيه مدة ، ثم كان الحايوت لغير الرهن ،

فليس المستحق أن يصير المرئى أجر مثل ، لأنه يستعمل الحيوت تأويل  
عند الرهن ( الأستاذ سليم بار ص ٣٢١ ) .

هذه هي الاستثناءات الثلاثة التي أقرها المذهب الحنفى . وعند الشافعى  
منافع معنوية مضمومة ، خاصة في تجميع الخصومات ( ص ١٣٠ ) . ومنافع  
العصب لا تضمن عدما ، سواء سواها ، حسب أو غلله ولم يستعمله ،  
فإذا استعمل عدما أحرأ ورأى أمك ما و . يستعمله ، لا يصح  
شبه عدما ، خلافاً للشافعى . من أحق أن ولو استعمل معنوية فإن كان  
عدماً فأجره ، فأجره ولا يجب له فصدق به . وكذا لو خذراهم  
العصب ، كسب يرجح له ويتصدق به ولو دفع منه إلى كسب ، من  
لبيك . لها كما في الهداية . وفي الأشباه من دفع العصب لا ضمن إلا في ثلاث ،  
من أسروا ، من أسف و تعد للاستغلال ،

### أنحاء الموقوف في الفقه الاسلامى نحو التعويضة عن المفقود

وتحده بما قد زاد أن هاتان مناهج طه في فقه الإسلامى منه  
في ضمن الموقوف . ففي يجب مضمومة ، في العصب . والحمد لله  
الاحرة والزوج معصب ، يمكن ذلك لا يطيب له ويجب عليه أن يصدق به  
ولو دفع ثمة من المالك حل له . وهذا أقرب من فكرة الالتزام  
لطبيعى في فقه امرئى . فكون في دمه العاصب لثمة . وبه التام طبعى  
أن يرد له غلة المعصب . وإذا ردها حل للمالك ماؤها لأنه لا يسولى على  
- فقه ولا يجوز . معصب استمرارها منه بعد أن ردها إليه ، وإذا لم يردّها  
لم يطالب له ووجب عليه التصديق به . هذا إن أن المذهب الحنفى يجعل منافع  
مضمومة في حالات ثلاث . وإذا كان هذا المذهب قد أقر الحائض الأولى -  
أجر لصغير وأجر من الوقف ومال الصغير - لأسباب إنسانية وحماية  
الوقف ، فإن الثالثة - أجر المال المهد للاستغلال - قد أقرها لأسباب فية ،

ومن ثم فهي احاطة تقي بقمت عدها . وجلاصة القول فيها أن الأصل في  
الحق أن المستور على ما عره لا يصح منفعته ، لأن المنفعة لا تقوم  
لا باحتقار فيه حسب ما لا بد من في ذاته . ولكن لفقه الحق ، إلتواء  
بوسيلة هذه في عدة لصدقه ، افترض حسب إيجاز صهي . إذ اوصى المستور  
بده . من من بعد للإسوداد وهو في ذلك . يصح بده كذا أو تفرق  
عده . ويقتضى افترض الإيجاز الصمي أن يكون المثل على بعد  
للإسوداد أو يكون مع ذلك . ولكن يستلزم عده أو على عده . ولكنه  
وصيه الله على ما لا يتبين عده آخر غير الإيجاز صهي أو يتبين من  
مما يشهد . فترص لإيجاز الصمي . فعده الإيجاز المتفرص هذا . وقد  
أقر عده لا بد من مع الأسباب والتفريق . صدقة فقهية أريد بها  
التوبة . من قاعدة صدقه حامد . من هنا عده أن يستمر التعمير ، بحيث  
عده من الإيجاز . في كل لظروف . ثم يترك هذا لمرص صار ويقال مباشرة  
تقوم للمنافع . وهذا هو ما فعله لتقريب السدي عراق ، فقد وصي في مر حل  
هذا التطور إلى المرحلة الأخيرة .

### نقوم المانع ووجوب التعمير عنها في التقنين المدني العراقي :

سار التقنين المدني العراقي في مراحل التطور إلى غايةها . وأصبح يصاها  
العهدة العراقي في تقويم المانع ووجوب التعمير عنها في المسئولتين العقيدية  
والتشريعية ، بل هو قد وصيه إعادة العامة المنقررة في الفقه العراقي من وجوب  
أن يشمل التعمير بض كل ما خلق لذات من حسارة وما فيه من كس ، وفي  
كان هذا نتيجة طبيعيه لإحلال المدن . لأنه أي متى كان الأمر نتيجة  
مباشرة . وبصر صرحه . كذلك على أن حق التعمير يس يتناول التعمير  
الأدنى ، فلا يقتصر على صرح الأدنى ، وعلى أن الآخر والصالح قد يحتملان  
ويورد النص صراحة في هذا المعنى .

م ١٦٩ عراقي : ١٥ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالمحكمة هي التي تقدره . ٢٠ - ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ من العقد ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عين آخر أو التزاماً بعمل أو امتناع عن عمل . ويشمل ما لحق الدائن من حسارة وما فاته من كسب بسبب صاحبه الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به . ٣ - فإذا كان المدين لم يربك غشاً أو خطأ جسيماً ، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوفراً عادة وقت العاقد من حسارة نخل أو كسب بفوت . .

م ٢٠٥ عراقي : ١٥ - يتناول حق تعويض الضرر الأدبي كذلك . فكل تعد على الغير في حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره الذاتي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض . ٢ - ويجوز أن يقضى بالتعويض للأجور والأتقنين من لأسرة عما يصيبهم من ضرر أو بسبب موت المصاب . ٣ - ولا ينفذ سداد من الضرر لأذى في ميراث إلا إذا حددت قيمته بمقتضى اتفاق أو - م ٢٠٦ عراقي : ١٥ -

م ٢٠٧ عراقي : ١٥ - تقرر المحكمة تعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية . حمل غير المشروع . ٢ - وبدخل في تقرير التعويض الحرمان من صافع لأعيان ، ويجوز أن يشتمل الصانع على الأجر . .

م ٢٠٩ عراقي : ١٥ - تمن المحكمة طريقه تعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض أفساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إزام المدين بأن يقدم أمياً . ٢ - وبقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للمحكمة ، تبعاً للظروف وماه على طلب المتضرر ، أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض . .

## المطلب الثالث

## علاقة السببية بين الخطأ والضرر

## في الفقه الإسلامي

السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي وأثره في الضمان :

يبحث في الفقه الإسلامي عما يقال - سبب الأجنبي في الفقه العربي ، ثم  
تتطر في أثر السبب لأجنبي في ضمان

## ١٥ - السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي

يمكن أن نجد في الفقه الإسلامي ما بعد من حيز الفقه أو الحدث  
الفحاشي وكثيراً ما يسمى بالآفة السماوية . ثم عد أن - لا يصح ويراد خطأ  
الغير ، وكثيراً ما يسمى بهل لأجنبي ، له تأثير في السبب .  
ويمكن القول بوجه عام إن عبء إثبات السبب الأجنبي يكون على المدعي  
إذا كانت يد المدين يد أمانة .

## القوة القاهرة أو القوة القاهرة .

يبدو من نصوص الفقه الإسلامي أن هناك ما يسمى "قوة القاهرة" في الفقه  
الإسلامي ، ويطلق عليه في بعض النصوص عبارة "آفة سماوية" ، وقد  
رأينا أن ما يصبب ثمرة من السماء يسمى بالآفة السماوية ، وقد صرح من  
ضروب الآفات السماوية تناولها عند الكلام في نظرية الظروف القاهرة  
في الفقه الإسلامي .

ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي آفة السماوية







المشتري قابضاً للبيع وعليه جميع الثمن . . . وإن هلك المبيع ( قبل القبض ) بفعل المشتري ، فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار له . وإن كان البيع فاسداً أو بشرط الخيار للبائع ، لزم المشتري ضمان مثل المبيع إن مثلباً أو قيمته إن قبيحاً ، ( سليم باز في شرح المادة ٢٩٣ من المجلة ص ١٥٠ ) .

وتفسير ذلك أنه في الحالة الأولى يتخلص البائع من التزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري ، إذا أصبح تنفيذ التزامه هذا مستحيلاً بفعل المضرور نفسه ، فتنتفي علاقه السنية بين فعل البائع والضرر الذي أصاب المشتري ، فهلك المبيع على المشتري ثمنه . أما في الحالة الثانية فالبايع الذي له الخيار يفسخ البيع بمحكم الخيار ، والبايع بعقد فاسد يفسخ البيع بمحكم الفساد ، ويبقى المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع لأنه هو الذي تسبب في هذا الهلاك ، فيرجع البائع عليه بمثله أو قيمته .

### خطأ الغير :

إذا كان هلاك الشيء بفعل أجنبي ، انتفت علاقة السنية بين الخطأ والضرر ، فلا يضمن المدين . فإذا سرقت العارية من المستعير ، فلا يضمن ، لأن لسرقته بفعل أجنبي ولا يده له فيها . وإذا تعدى السلطان على الوديعة مهدداً المودع عده بأذى لا يطيقه ، لم يضمن المودع عنده تعدى السلطان . إذ يعتبر هذا التعدى فعل الأجنبي . وإذا هلك الوديعة بفعل عدو مكار ، كان هذا فعل الأجنبي ، ولم يضمن المودع عنده .

وبعد رد نصوصها فيما تقدم : استعار ثوباً من رجل ، ثم طلب المعير أن يردّه فقال المستعير نعم هو ذا أدفعه إليك ، ثم فرط في الدفع حتى مضى شهر ، ففرق من المستعير . قال إن كان المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب ، لا ضمان عليه . وإن كان قادراً على الرد فإن أظهر المعير السطح والكرامة في الإمساك ضمن المستعير ، وكذلك إذا لم يظهر السطح ولا الرضا لأن الرضا لا يثبت

بالشك ، وإن صرح بالرضا لا يضمن ، . ( مجمع الضمانات ص ٦٦ ) . رجل  
أودع عند فامي ثياباً ، فوصعها الفامي في حانوته . وكان السلطان بأحد  
الناس بمال في كل شهر جعله وظيفه عليهم ، فأخذ السلطان ثياب الوديفة من  
جهة الوظيفة ورهنها عند غيره فسرقت . قالوا إن كان الفامي لا يقدر على منع  
السلطان من رهنها لا يضمن لأنه أمين ، ويضمن المودع لأنه مرتهن العاصب ،  
فيحير المالك إن شاء ضمن السلطان وإن شاء ضمن المرتهن . . رجل في يديه  
مال إنسان ، فقال له السلطان الخائر إن لم تدفع إلى هذا المال حسنتك شهرأ  
أو ضربتك صرماً ، لا يجوز له أن يدفع أسال ، فإن دفع كان صامناً . وإن  
قال له إن لم تدفع إلى المال أقطع بك أو أضربك حميراً سوطاً فدفع إليه ،  
لا يكون صامناً ، لأن دفع مال الغير إلى الخائر لا يجوز إلا أن يحاف تدف  
عصوه والضرب المتوالي يحاف منه التمس ، . ( مجمع الضمانات ص ٧٤ ) .  
والتناع أمانة في يده ( بد الأخير المشترك ) ، إن هنك بغير عمله لم يضمن ،  
ولا أجر له ، عدد أي حنيفة . وعدهما إذا هنك نسب لا يمكن الاحتراز  
عه ، كالعدو المكابر والحرق العال . لا يضمن ، . ( مجمع الضمانات ص ٢٧ ) .

وفي كل ما قدمناه كانت يد المدين يد أمانة ، فلا يحمل المدين تبعه فعل  
الأجنبي . أم إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد الناع قل قض المبيع ،  
وهلك المبيع فعلى أجنبي ، فلهلاك على الناع وتحمل هذا تبعه فعل الأجنبي  
لأن التزامه التزام تحقيق غاية ، وهذا بخلاف فعل الضرور أي فعل المشتري  
فقد رأينا فيما قدمناه أن البائع لا يحمل تبعه . جاء في مجمع الضمانات  
( ص ٢١٨ ) . « إذا اشترى خطباً ، فلما ذهبا في الطريق عصب الخطب من  
البائع فهو على الناع ، لأن على البائع تسليم المبيع إلى المشتري » .

## ٢٤ - أثر السبب الأجنبي والضمان

التمييز بين يد الأمانة وبين الضمان في ألفه الأولى :

ليس أثر السبب الأجنبي في الضمان ، يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في لفقه الإسلامى . ويمكن نأصيل هذا التمييز الهام بمراعاة الأسس الآتية .

أولاً . الأصل أن المالك إذا جمع بين ملك الحيازة ، تحمل تبعه الهلاك ، وهذا أساس بديهي .

ثانياً . فإذا انفصلت الحيازة عن الملك ، وكانت في يد غير يد المالك ، سواء انتقلت الحيازة بعقد كالإيجار والعارية والوديعة ، أو بإذن كما في صوم الشراء ، أو بعير إدى كما في العصب ، فإن الخائر يحسن تبعه الهلاك إذا كانت بيده يد صمان ويكون التزامه مرد الشيء إلى مالكة التزاما بتحقيق غاية ، ويحمل المالك تبعه هلاك الشيء إذا كانت يد الخائر يد أمانة ويكون التزم الخائر برد الشيء إلى مالكة التزاما بذل عناه

ثالثاً : ونفرض يد الخائر يد صمان إذا كان يحوز شيء لمصلحة نفسه ، فالعاصب بيده يد صمان لأنه يحوز المعصب كما لك له ، والقاص على صوم الشراء مع تعيين الشيء يحوز الشيء لمصلحة نفسه لأنه يحوز الشيء بقصد شرائه لنفسه . أما إذا كان الخائر يحوز الشيء لمصلحة المالك ، فإن بيده تكون يد أمانة ، فالمستأجر بيده يد أمانة لأنه يحوز العين المؤجرة لحفظها لمصلحة المؤجر أما منفعة العين فيقتضها لمصلحة نفسه ، وكذلك المستعير ، والمودع عنده بيده يد أمانة لأنه يحوز الوديعة لمصلحة المودع ، والمرتهن بيده على المرهون يد صمان عند دار الدين لأنه يحوز -هـ- 'تقدر لمصلحة نفسه توثيقاً لدينه ، ويده يد أمانة فيما جاور الدين لأنه يحوز -هـ- 'تقدر لحفظه لمصلحة المالك

رابعا : إلا أنه إذا كان شخص قد كسب الملكية بمقد كافي البيع ، فإذا هلك المبيع قبل التسليم فقد انفسح البيع ، واعتبر البائع هو المالك والحائز في وقت واحد وذلك منذ البداية ، فتحمل نعمة الهلاك .

وقد عالج التقنين المدني العراقي يد الأمانة ويد الضمان قلا عن الفقه الحنفي في النصوص الآتية :

م ٤٢٦ : إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه ، بمقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد ضمان ، هلك الشيء على صاحب اليد . وإن كانت يد أمانة ، هلك الشيء على صاحبه .

م ٤٢٧ : ١ - تكون اليد ضمان إذا حار صاحب البدن الشيء بمقد يملكه . وتكون يد أمانة إذا حار الشيء لا بمقد يملكه ، بل باعتباره نائبا عن المالك .

٢ - وتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد الخلل قد حسن الشيء عن صاحبه دون حتى يرأخذه بغير إرادته .

م ٤٢٨ : إذا انتقلت ملكية الشيء بمقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان . وتقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحسن .

ويمكن القول إنه إذا كانت يد المدين يد أمانة ، فإن التزامه يكون التزاما بديل عناية وإذا كانت يده يد ضمان ، فإن التزامه يكون التزاما بتحقيق عناية .

**السبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة تدني يد الضمان :**

والسبب الأجنبي لا ينفي الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا كانت يد المدين يد أمانة ، فالمستعير والمستأجر والمودع عمده والوكيل ولشريك وغيرهم من يده يد أمانة ، تنفي المسؤولية عنهم ولا يضمنون إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، بل يكفي في كثير من الأحوال لانقضاء المسؤولية أن يكون الهلاك بغير فعل المدين ، وهي مرتبة أدنى من السبب الأجنبي . وعبد الإثبات على الدائن ،

فإذا ادعى أن الهلاك كان بفعل المدين ، فعليه هو إثبات ذلك كما سبق القول .  
 أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل تسليم المسع وكأي ضمان  
 الاستحقاق أو العيب وفي تسليم منافع العيب المؤجرة ، فإن الإلزام يصبح  
 التراما بتحقيق غاية ، فلا يثبت ضمان حتى بالسبب الأجنبي . ذلك أن الفقه  
 الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد كما قدمنا ، ولا يوجب فوق  
 الفسخ تعويضاً آخر ، فلم يجمع السبب الأجنبي من السبب . أما في الفقه العربي  
 فهناك تعويض فوق الفسخ ، وهذا التعويض وحده هو الذي يتمتع بالسبب  
 الأجنبي ، ويبقى الفسخ لا يمنعه السبب الأجنبي . ومن ثم لا يوجد فرق عملي  
 في هذه المسألة بين الفقهين الإسلامي والعربي . ولكن يلاحظ في الفقه  
 الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو خطأ المضرور ، فإنه يمنع الفسخ  
 كما قدمنا . وما دام السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي لا يثبت الضمان إذا كانت  
 يد المدين يد ضمان ، فلا جدوى من إثباته ، لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان ،  
 ومن ثم لا محل لتساؤل عن يقع عليه عبء الإثبات هنا ، كما فعلنا في حالة  
 ما إذا كانت يد المدين يد أمانة .

## الباب الثالث

### زوال العقد





## تمهيد

### الأسباب المختلفة لزوال العقد

#### المقصود بزوال العقد :

المقصود بزوال العقد هنا هو أن يحل العقد بعد أن انعقد صحيحاً نافذاً ، وقبل أن يتم تنفيذه . فستبعد من بحثنا هذا إذن أمرين :

( الأمر الأول ) زوال العقد بالتنفيذ أو بالانقضاء (extinction) .  
فالعقد يقضى عادة بتنفيذ الالتزامات التي ينشأها بعبارة عينية أو تنفيذاً عن طريق التعويض . فالعقد الفوري ، ولو كان مؤجج التنفيذ ، يقضى بتنفيذ ما يثبته من الالتزامات ، فيقضى البيع مثلاً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، إذا حل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط . والعقد الرهن انقضاءه معقود بانقضاء الرهن لأن الزمن عنصر جوهري فيه ، فالإيجار يقضى بانقضاء المدة المحددة ، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بانتهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل ، وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إحراة استثنائية يقضى به القانون في ظروف استثنائية ، كما في الشرعيات الخاصة بعقود إيجار المباني عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد يقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته ، بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما في الشركة والمرارعة والإيجار التي تراعى فيه شخصية المستأجر .

( والأمر الثاني ) إبطال العقد (annulation) . ذلك أن الإبطال يرد على عقد غير صحيح أو عقد غير نافذ ، وكلامنا هنا في زوال العقد الصحيح

الثاني. في الفقه العربي، قد يكون العقد باطلا وهذا عقد غير موجود، فلا محل للكلام في رواله وهو لم يوجد وقد يكون العقد قابلا للإبطال لنقص في الأهلية أو لعب في الإدارة، فيرول بأن يبطله المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته. وقد سبق الكلام في كل ذلك. وفي الفقه الإسلامي، قد يكون العقد باطلا، وهو عقد غير موجود كما في الفقه العربي فلا يرد عليه الزوال. وقد يكون العقد فاسداً، فيرول بالصحة من أحد المتعاقدين. وقد يكون موقوفاً، وهذا لم تلحقه الإجارة بطل روال، وقد تقدم تفصيل مسائل البطلان في الفقه الإسلامي وهي مسائل لا شأن لنا بها هنا.

وبمحص من ذلك أنه يجب التمييز في روال العقد (disparition) بين رواله بالانقضاء (extinction)، ورواله بالإبطال (annulation)، وزواله بالانحلال (dissolution). ولا شأن لنا في هذا البحث بالانقضاء ولا بالإبطال، وإنما يتركز البحث في الانحلال. والفرق بين الانحلال والانقضاء أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه، والانقضاء لا يكون إلا بعد تمام التنفيذ. والفرق بين الانحلال والإبطال أن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً فاسداً ثم يحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، أما الإبطال فيرد على عقد نشأ غير صحيح أو غير فاسد ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال<sup>(١)</sup>.

ونرى مما تقدم أن منطقة انحلال العقد، وهي موضوع بحثنا هذا، تتحدد في العقد الصحيح النافذ فيرول حتى قبل أن ينفذ أو قبل أن يتم تنفيذه.

### أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي :

وانحلال العقد، بالمعنى الذي حددناه، يقع في الفقه العربي للأسباب التي يقررها القانون أو بإتفاق المتعاقدين والأسباب التي يقررها القانون لانحلال

(١) والعقد، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي، لا يزول فحسب، بل يصير كأن لم يكن.

العقد أهمها الإلفاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) ، والانحلال باتفاق المتعاقدين هو التقايل أو الإقالة (résiliation conventionnelle).

والإلفاء بإرادة منفردة يحمله القانون في بعض العقود تارة من حق كل من المتعاقدين، وطورا من حق أحدهما دون الآخر. في الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهى الوكالة، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل. وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية، كما يجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضاءها في أحوال معينة. وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، كما يجوز للمودع عنده أن يلزم المودع تسليم الشيء في أي وقت، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع. وفي الشركة يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لمب حطير يسوع الحل، كما يجوز لأي شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجَه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة وفي هذه الحالة تحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها. هذا ضرب من العقود جعل القانون فيه حق الإلفاء بإرادة منفردة في بد كل من المتعاقدين. وهناك ضرب آخر من العقود يجعل القانون فيه هذا الحق في يد أحد المتعاقدين دون الآخر. ففي المقاولة لرب العمل — دون المقاول — أن يتدخل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إنعائه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. وفي القرض إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين — دون الدائن — إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان. وفي عقد

التأمين على الحياة يجوز للتأمين له الذي التزم بدفع أقساط دورية — دون المؤمن — أن يتحلى في أى وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة ويجوز له أيضا ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل ، أن يصي التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين موقفا . وفي الهبة يجوز للواهب — دون الموهوب له — أن يرجع في الهبة متى اسند في ذلك إلى عذر مفضل ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

بقى من أسباب انحلال العقد في الفقه العربي الفسخ والإقالة ، وهذان يستقيهما لبحث تفصيلي ، مع مقارنتهما سيطريهما في الفقه الإسلامى .

### أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامى :

وانحلال العقد على النحو الذى حددناه ، يقع في الفقه الإسلامى لأحد أسباب ثلاث : ( ١ ) إما لأن العقد غير لازم . ( ٢ ) وإما للفسخ . ( ٣ ) وإما للإقالة .

وقد بسطنا بمصلا فيما تقدم متى يكون العقد غير لازم ، وذكرنا أن العقد يكون غير لازم بطبيعته ، كما في الوكالة والعارية والوديعة والشركة والقرض والهبة . وهذا ما يقابل في الفقه العربي حق إلغاء العقد بإرادة مفردة . وقد يكون العقد غير لازم لاقتراضه بخيار من الخيارات التى يقرها الفقه الإسلامى ، من ذلك الخيارات الأربعة المعروفة — خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب — ومن ذلك أيضاً خيار الوصف وخيار الغلط وخيار الدليس وخيار العيب وخيار تفريق الصفقة . أما خيار القول وخيار المجلس فهما خياران يتعلقان بانعقاد العقد لا بعدم لروحه .

فيبقى إذن عندنا من أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامى السببان اللذان استقيسهما في الفقه العربي ، وهما الفسخ والإقالة ، وهما اللذان تنولى عنهما تفصيلا مع المقارنة بالفقه الغربى كما تقدم القول .

### المفهوم والافالة:

حلص لنا إذن هذان السدان في ااحلال العقد . لنعقد فيها يلي موارنة  
 ميمما بين اأحكام الفقه القربي وأحكام الفقه الإسلامي .  
 ونلاحظ باءىء دى بده أن الفصح نظرية يعالجها الفقه العربى فى إسهاب  
 واستفاضة ، هى عده نظرية عامة نطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين  
 أما الفقه الإسلامى فيقتصب الفصح اقنصافاً طاهر آ . فبببب عده فيه نظرية  
 عامة ، بل يحريه على بعض العقود دون بعض وفى بعض حالات دون حالات  
 أخرى . وعلى العكس من ذلك الاقالة ، فالفقه العربى لبس عنده نظرية خاصة  
 فى الاقالة ، ويقتصر على نطابق القواعد العامة فيها ، إء الاقالة عقد كآثر  
 العقود . أما الفقه الإسلامى فببببب فى الاقالة ويتسط فى مسائلها ، حتى  
 لنبءو نظرية معقءة فى حاجة إلى مزيد من النظر والتمس .

## الفصل الأول

### الفسخ

---

#### المرع الأول

##### الفسخ

##### في العقد العربي

---

#### المصحح والمسئولية العقدية :

هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية ، فكلاهما جراء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العمدي وإياكل لعقد ملزماً للجانبين ، وأحل أحد المتعاقدين بالتزامه . جار لتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وجاز له أن يطالب بالتعويض ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استيفائه والمطالبة بالتعويض حراء الاحلال بالالتزام وهذه هي المسئولية العقدية التي فصلها أحكامها فيما قدم . على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزامه إما من طريق تمسح وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثاني في بعض الأحوال . إذ يتفق أن تكون عدم قيام المدين بالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي فتدنى مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد في هذه الحالة يفسخ بحكم القانون كما سنرى .

## أساس نظرية الفسخ :

ولست نظرية الفسخ بالطريقة التي تبده «أقل نقاشاً» في فسلم بها بادية ذى بدء ، بل هي ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الروماني بأن التسليم بها ، وكان العقد الملزم سيجيب في هذا القانون بدني . الترامات مستقلة بعضها عن بعض دون أن يكون بينها تقابل أو ارتباط . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن «طالب» بالتنفيذ ، ولا يستطيع أن يتدخل هو من الرامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ بحالا ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رسائياً ، فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً ( *lex commissoria* ) يجعل الحق للنائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن<sup>(١)</sup> . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم ، وقد قالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي وساعد على ذلك ظهور نظرية السب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه ، فقد ربطت فكرة السب ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ، لا عند تكوين العقد فقط ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أحرزت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تمرر بوضوح على أبدي فقهاء القانون الضممي حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن التقنين المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما في دتمه من التزام . وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد إذا لم يقم

(١) وسنرى أن الفقه الإسلامي ، كالقانون الروماني ، لا يعرف الفسخ نظرية عامة ، وإنما أعطى للبائع خيار النقد بشرطه في البيع ، ففسخه بموجبه إذا لم يسوف الثمن في ثلاثة أيام .

المدين بالتزامه ، أما ذكر الشرط الفاسح فهو مجرد تشبيه حملته عليه  
الاعتبارات التاريخية التي قدمهاها .

وليس صحيحاً أن نظرية الفسخ تقوم على أساس الشرط الفاسح الضمني .  
ولوحظ هذا لثرت عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط  
فينفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح ، لأن الفسخ يكون إلا بحكم  
قضائي أو باتفاق صريح ، وللقاضى فى الأصل حق التقدير فيجب طلب الفسخ  
أو رفضه ، وللمدين أن يقوم بتعبيد العقد فيتوفى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن  
يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذى  
سنبينه فيما يلى .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السب أساساً لنظرية الفسخ ، كما تذهب إلى  
ذلك النظرية التقليدية فى السب ، فقد سبق أن انتقدنا هذه النظرية وقمنا إن  
السب هو الناعث الدافع إلى التعاقد ، فلا علاقة له بفسخ العقد .

ونؤثر أن يجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط  
(interdependance) ما بين الالتزامات المتبادلة (reciproques) فى العقود  
الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد  
المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر ، فبدون التزاماً طبعياً عادلاً أنه إذا لم  
يقم أحد المتعاقدين بتعبيد التزامه جار لتعبيد الآخر أن يتحارب هو أيضاً من  
تعبيد التزامه وذلك بفسخ العقد .

### الفسخ والرفع بحرم التنفيذ:

وهناك خطوة قبل الفسخ يستطيع الدائن أن يعتمد إليها قبل أن يصاح  
بفسخ العقد ، وهى أن يدفع عبء تعبيد العقد ، فوقف من جهته تعبيد ما فى  
دفعته من التزام . وهذا بمجرد وقف لتنفيذ العقد لافسخ له . ومن حق الدائن  
أن يبدأ إذا شاء بوقف تنفيذ قبض التزامه موقوفاً ، قيل أن يفسخ العقد



فيتحلل نهائياً من التزامه . وهذا ما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . فالدائن مخير في العقد الملزم للجانبين ، إن شاء دفع بعدم تنفيذ العقد ، وإن شاء طلب فسخه .

### خطة البحث :

والفسخ صور ثلاث ، فهو إما أن يكون بحكم القاضي وهذا هو الأصل ، وقد يكون باتفاق المتعاقدين ، ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ويسمى عند ذلك انقضاء .

ههنا إذن : ( ١ ) فسخ لعقد بحكم القضاء . ( ٢ ) فسخ العقد بحكم الاتفاق . ( ٣ ) انقضاء العقد بحكم القانون . ( ٤ ) الدفع بعدم تنفيذ العقد .

## المبحث الأول

### الفسخ بحكم القضاء

#### مسائل مهمة :

نتكلم في مسائل ثلاث : ( ١ ) شروط المطالبة بالفسخ . ( ٢ ) كيف يستعمل حق الفسخ . ( ٣ ) ما تترتب على الفسخ من أثر .

### المطلب الأول

#### شروط المطالبة بالفسخ

#### شروط مهمة :

يجب توافر شروط ثلاثة حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد :  
( ١ ) أن يكون العقد ملزماً للجانبين . ( ٢ ) ألا يقوم أحد المتعاقدين

تنفيذ التزامه . ( ٣ ) أن يكون المعاقدة الآخر لدى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها ، إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

### لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين :

العقد الملزمة للجانبين هي وحده التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، القسائي والاتقائي والتمائني ، وهي : أحدها التي يرد عليها الدفع بعدم التنفيذ . ذلك أن كلا من الفسخ بأنواعه الثلاثة ، الذي يحلله العقد ، على فكرة الارتباط ما لا يترتب له انتفاة كإقداما وإس ، حد العقد الملزمة للجانبين التي يشأ عم التامات متقاربة ، وحدها التي تنو فر فيها حكمة الفسخ . أما العقود الملزمة لحاظ ، أحد ، كأوديعة وامكيلة ، إذ كانتا غير أجر والهة إذا كانت غير عوض ، فإنه لا يمكن تصور الفسخ فيها ، إذ أن طرفاً واحداً هو الملزم ، فإذ لم يتم تصداده أمه يمكن مطوف الآخر أية مصححة في طلب الفسخ ، إذ ليس في دمه أي شيء يتدخل منه بالفسخ ، بل مصلحته هي في أن يطلب تنفيذ العقد .

### لا يكون الفسخ إلا إذا لم يتم أحد الفناءتين من تنفيذ التزام .

إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته نسب أجنبي ، فإن التزام المدين يفضى بيقضي ، إلا أنه لا يمكن له ويسخ . انعقد بحكم قانون كما سيأتي . وري من ذلك أنه إذا أصبح المستبد مستجيلاً لنسب أجنبي ، حرراً من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساح .

فيجب إذن ، لتبقى في نطاق الفسخ ، أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير النسب الأجنبي ، أن يكون لتنفيذ العيني أصبح مستجيلاً بفعل مدين ، أو لايران ممكناً ولكن المدين لم يتم بالتنفيذ . في هذه الحالة يجوز للدائن أن

بنائب مصلح العقد . ويجوز أن يتفق المتعاقدان في أن العقد لا يفسح  
بعد عدم التنفيذ، وأن تقتصر الدائر على المثالة مانعاً عن على أساس  
المسؤولية العقدية

ولا كان عند التمسك حرية — وخير في عدم سبب الجزئي أن  
يكون التنفيذ معيياً — وبذلك مع ذلك من حق منة بالسحب . مما هي  
في استعمال حقه في سبب ينظر فيما كان الخريف في سبب من  
حكم بالنفس ، أن يقتصر على عدم منه مدير لملكة سبب . فإذا رأى  
القاضي أن عدم سبب الخريف من سبب مع عدمه أن يرى من مصلح  
مصلح العقد كانه أن سبب مصلح منه من سبب من سبب من سبب من  
مصلح مصلح كانه أن سبب من سبب من سبب من سبب من سبب من  
الجزء الباقى دون سبب من الجزء الأساسي في الإزالة

لا يكون مصلح إلا إذا كان المرئ مستمرا المقاييس بأنه امر وفاد  
على إعادة الحال إلى أصلها :

وتحت أصل أن يكون المرئ صاحب النفس مستعدا بغيره . فإنه يرى  
شأن من العقد عدم سبب من سبب من سبب من سبب من سبب من  
الفسح لعدم م المدين تسليم ما في ذمته من التزام أما إذا استحل على  
المرئ مصلح التزامه من سبب من سبب من سبب من سبب من سبب من  
فيما إذا كانت لا تتحالة في جانب المدين

وما كان من العقد من شأنه أن يعد بشره إلى أصله ، فلا بد لحكم  
بالفسح أن يكون المرئ يرى بصلح ذلك فاد أعلى رده . فإذا كان  
قد تسلم شيئاً من سبب العقد ، وباعه من آخر ، فالزمه بالصلح منه من  
حق المطالبة بالفسح ، لأنه لا يستطيع أن يبرح شيئاً من يد المشتري ليوده  
إلى من تعاقد معه إذ في هذا إخلال بالتزام الضمان . وسرى في العقد من منة

أن الفسخ فيها لا يمنع ما سبق تنفذه من هذه العقود ، فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد الدائن ما سبق تنفيذه . أما إذا كان المدين هو الذى امتنع عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض كما سيأتى .

## المطلب الثانى

### كيف يستعمل حق الفسخ

#### إعذار المدين :

يجب على الدائن ، قبل المطالبة بفسخ العقد ، أن يصدر المدين مطالبة بإياه بالتفيد . على أن يحدد رفع الدعوى بفسخ بعد إعداداً . ولكن يختلف رفع الدعوى غير مسوق بإعذار عن رفعها مسبباً بإعذار ، من الناحية العملية ، فى الوجوه الآتية . ( ١ ) رفع الدعوى غير مسوق بإعذار إذا ترتب عليه أن يبادر المدين إلى تنفيذ محدد رفع الدعوى . يمنع من الحكم على المدين بالمصروفات ، لأنه لم يصدر قبل رفع الدعوى ومحدد رفع الدعوى نادر إلى التنفيذ . ( ٢ ) سبق الإعداد على رفع الدعوى يجعل تقديم أكثر استجابة لمطلب الفسخ . ( ٣ ) ويحمله أثره إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعداد المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يربطه العيाम بالتزامه ، أو إذا أصبح تعيد الالتزام غير ممكن أو غير محدد بمعدل المدين بأن كان التنفيذ قد فات مياده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل وأحل به المدين .

## صدور حكم بالفسخ :

بجود عدة تنفيذ لمدين لانقائه وإعداد المدين إياه لا يقتضي بذاته فسخ العقد ، بل لا بد لفسخ من صدور حكم فسخ بذلك ، وهذا يظم الفرق ما بين الفسخ فسخ في الفسخ بحكم الاتفاق والفسخ بحكم القبول . في الفسخ بحكم الاتفاق ، الانسحاب بحكم القبول ، يكون الحكم كاشفاً عن الفسخ وليس منشئاً له . أما الفسخ بغير انقضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ ، ومن ثم تعتبر المصلحة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف ، فلا يجوز للوصي المطالبة به من غير إذن المحكمة .

## السلطة التقديرية - والجزاء من الفسخ والتعويض :

وإذا ما رفع الدائن دعوى لفسخ ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتماً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتعويض ، هذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فالدائن ، بعد أن يرفع دعوى لفسخ له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التعويض ، كما أنه إذا رفع دعوى لتعويض له أن يعدل عنه إلى الفسخ . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتعويض في صلب واحد ، لأنهما أمران متعارضان . كل هذا ما لم يكن قد قيل عن أحد الطرفين ، ولا يعتبر محرراً رفعه الدعوى بطلب مهمم بغيره عن الصلح الآخر .

والمدين كذلك ، قل يطق بالحكم ثم في ، أن ينقر البراءة فينحط الفسخ ، ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك محل لتعويض الدائن عن آخر الدائن في عين البراءة ، وبخاصة إذا كان الدائن قد أصدر المدين قس رفع الدعوى ويسوع إذن يستأخر أن يجمع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع الأجرة المستحقة قبل صدور الحكم النهائي ، وللتشقي أن يتدارك فسخ لبيع معرض أثر قل صدور الحكم النهائي



٢ - فصح العقد هو كونه في تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر مسبب الإبطال فالقاضي ليست له سلطة تقديرية ولا يبحث إلا الإبطال .

٣ - دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة بتقديمها ، فتقدمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعدام . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تقدم ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

### المطلب الثالث

## ما يترتب على الفسخ من أثر

### الفاءرة العامة :

١ - وح العقد أي = له من الأحكام كما نلها وقت انعقد فيها سنة لا ذلك حال الحكم تعريضه فانه قائم مدة في جميع أنواع الفسخ . سواء كان منسحباً من القاضي أو بحكم اللام في أولئك القانون . والعقد المنقوض بحسب ، لا من وقت دعوى الحكم بحسب ، بل من وقت نشوء العقد فانه له أثر حي ، ويبدو العقد كأنه كأنه ، ولكن ، وبسبب أثره حتى في الماضي ورد كأنه منتهى ما في الفسخ بحكم الاتساق أو بحكم القابض حيث تقتصر الأحكام الفسخ على تقرير أحد مفعوليات الفسخ . فانه أيضاً مهم . في الفسخ من القاضي وير أن الحكم لها مفعوليات الفسخ لا تاشف عنه ، ولا يوجب ما يقع من أن يكون حكم منشأ وأن يكون له أثر رجعي ، فالحكم ، المتحدة حكم منشأ ، ولكنه ينشأ ملكية العمار المشموع فيه من وقت البيع لا من وقت سطق ما حكم

والحكم ، لنسخ له هذا الأثر الرجعي فيما بين المتعدين ، وبالمسبة إلى الغير .

## أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

يجل العقد ويعتبر كأن لم يكن كما قدمنا ، وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد .

فإذا كان العقد ساعاً وفسخ ، رد المشتري لمبيع إلى البائع ، ورد البائع الشيء إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع شريطة ، ويرد البائع الثمن نقداً . والقانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة امصائية وإذا هلك المبيع ، وكان المشتري هو الذي يطالب بالفسخ ، فيجب إلى طلبة إذا تقرر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا ، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسؤولية العقدية . أما إذا كان البائع هو الذي يطالب بالفسخ ، وهلك المبيع في يد المشتري ، فإن كان الهلاك محطاً للمشتري ، حكم عليه بالتعويض مع فسخ العقد إذا استحال الرجاء . وإن كان الهلاك بسبب أجنبي ، لم يكن المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من مفعة ، فلا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ ، وحير له في هذه الحالة أن يستقى البيع ويطالب بالثمن .

وللذاش الذي أحسب إلى فسخ العقد أن يرجع فوق ذلك بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطأه لتعمد أو إهمال . والتعويض هنا ينشأ على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض .

وإن كان العقد رمزياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعي ، لأن طبيعة العقود ارمية تستعصى على هذا الأثر . ذلك أن العقد الرمزي يقاس بحله بالرمز ، فإثر فسخه عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه . ويقرت على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محفوظة بآثارها ، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد



مفسوخا من وقت احكام الهائي بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الاجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الاجرة لا التعويض ، فيبقى لها صحتا اعتبارا المؤجر .

### أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير :

يحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضا . فإذا كان العقد سعا ، وباع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رب عليها حقا عديا كحق الارتفاق أو حق انتفاع ، ثم طالب الدافع بفسخ البيع وأحب إلى طلبة ، رحمت الله عليه ، فإنه غالب من هذه الحقوق . ويشترط في الغار أن يكون الدافع قد سجل صحيفته دعوى الفسخ قبل أن يسجل متلقي الحق من شترى حقه . فإذا كان صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت بعد ذلك اشترط أن يكون متلقي الحق من اشترى عالما بسبب الفسخ وقت أن تلقى حقه .

## المبحث الثاني

### الفسخ بحكم الانعاق

منى يكون الانعاق على الفسخ — التبرع في هذا الانعاق

قد يتفق المتعاقدان على الفسخ عند إحلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فإذا تم هذا الانعاق بعد أن يحن استعاق بالتزامه فعلا ، ويصح ذلك عا في ثانيا إجراءات التقاضي بأن يرفع الدائم دعوى الفسخ فبعله المدعي بقبول الفسخ قبل صدور الحكم في الدعوى ، كان هذا بمثابة تقنين ذي أثر رجعي ، ويحل لانعاق في هذه الحالة عن الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك عا تطوين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير .

ولكن العا في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ معدا وقت

صدور العقد .



لا يعنى من إعدام المدعى ، ولا من رفع الدعوى باعسج ، وكون الحكم  
مستلماً لمعسج لا كاشفاً عنه ، كما هو الأمر في معسج اقصافى .

الاتفاق على أنه يكون العقد رفعاً ومهما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
الى حكم

هذا هو الحال في عقد رفع الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
إليه أنه لا يكون له من الدعوى شيء ، لأجل بطلان رفع الدعوى ورنه هاجز  
رفع الدعوى ، ورنه هاجز من الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
فيمسج نفسه ، فمما من الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
فإذا صحح ، فمما من الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
لا معسج

ولا من إعدام المدعى ، ولا من رفع الدعوى باعسج ، وكون الحكم  
مستلماً لمعسج لا كاشفاً عنه ، كما هو الأمر في معسج اقصافى .

الاتفاق على أنه يكون العقد رفعاً ومهما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
الى حكم

الاتفاق على أنه يكون العقد رفعاً ومهما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
الى حكم أو انذار

هذا هو الحال في عقد رفع الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
إليه أنه لا يكون له من الدعوى شيء ، لأجل بطلان رفع الدعوى ورنه هاجز  
رفع الدعوى ، ورنه هاجز من الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
فيمسج نفسه ، فمما من الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
فإذا صحح ، فمما من الدعوى ، فمما من تلفاء نفسه ورنه هاجز  
لا معسج

ولكن المحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله .  
فإذا افق طرفان على مد الأجل ، فقد ترى المحكمة أن مد الأجل قد جعل  
الالتزام يتجدد . فيصـل أثر شرط الفسخ الذي كان موحوداً . فلا يجوز  
للدائن التمسك به بعد أن تم لتحديد . وإذا قل الدائن قصص أقساط تأخر  
فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك بحقه في الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد  
قسط آخر ، فقد ترى المحكمة أن تساهل الدائن فيما مضى يحمل على أنه غير  
متمسك بشرط الفسخ .

وبلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون  
فسخه ، وبلا كان تحت رحمة المدين إذا شاء ما حصل "عقد" مفسوخاً باعتناعه  
عن سداد التزامه . ويعرب على أنه بعد أن اعتقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا  
أظهر الدائن غشيه في ذلك . ولا يفصل من مدين التمسك بالفسخ إذا كان  
الدائن لم يمسك به . ومن ثم يرى أن شرط الفسخ الذي يحس بصدده هو  
وسط بين الفسخ "عصائي" والافساح بحكم القانون ، وهو أعلى من الفسخ  
القضائي في أن أحكم يكون كاشفاً عن افساح لا مثقاله . وهو أدنى من  
الافساح بحكم القانون في أن "عقد لا يفسخ به إلا إذا أظهر الدائن غشيه  
في ذلك .

### ما يترتب على افسح الاتفاق من أثر

إذا فسخ عقد بحكم الإلحاق في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها ،  
سواء كان فسخ بحكم مثله أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً ، أعيد  
المتعاقدان إلى حالة في كان عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم  
شعرياً . ونحن نعتقد بأثر رجعي ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى  
الغير ، وذلك فيما عدا العقود الزمنية . كل هذا على التمهيل الذي تقدم بيانه  
عند الكلام في أثر الفسخ بحكم القاضي .

## المبحث الثالث

### اصح العقد بحكم القانون

انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه :

ينقضي الالتزام إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي كما قدمنا . أما إذا استحال تنفيذ الالتزام عبثاً بغير سبب أجنبي ، فإن الالتزام لا ينقضي بل ينقلب إلى تعويض ، وقد سبق بيان ذلك .

وفي العقد المبرم للجانبين ، إذا انقضى أحد الالتزامات المتعاقبة فيه بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، انقضت الالتزامات المتعاقبة وانفسخ العقد ، فالعقد إذن لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقي ملوماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض .

فستعرض إذن حالة ما إذا كانت استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي ، وحالة ما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى هذا السبب .

استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي :

إذا استحال على المدين في العقد المبرم للجانبين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه ، بحكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، وهذه هي المسؤولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم يعد التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً ، وهو لم يثبت السبب الأجنبي المتمثل علاقة السهية مبرومة ، وبذلك تتحقق مسؤولته لعقدية على أساس قيام العقد . ويدين من ذلك أن العقد لم يفسخ في هذه الحالة ، بل على التقيض من ذلك قد بقي وتؤكد وجوده إذا أصبح هو الأساس . أية التعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القاضى . فالدش وقد  
أصبح تحت التراء لمدين مستحلاً ، أن يصح فسخ العقد لعهده وفاء مدين  
بالتراء ، دلاً من أن يغت تبرع من سبب أساسه دلتة لعقدية . وفي  
هذه الحالة لا يبعد القاضى أن يفسد إلى طيه ، إذ لا يحل لإيمان المدين  
لتعبداته ، به عند أن أصبح هذا العقد مستحلاً ، فحكم بفسخ العقد  
وذلك كما مضى . فسخ لا يكشف عنه ، ويعتقد بفسخ حكم قانون من  
فسخ بحكم القاضى .

### استثناء : تفسير زعم الى سبب احدى

أما رد كات استعانة سبب ترجع إلى سبب احدى ، فإن الا ا م  
يتقضى ويصح عقد من تارة سببه كما قدمنا ، به في هذا وانتهى ، فقد  
انقضى هذا الدين لاستحالة تعبدات سبب احدى . وفي هذه الحالة يستولى  
العقدية لاجل الدش به ، وفيه فسخ العقد كما كان . ولو أن لاستحالة  
لا ترجع إلى سبب احدى فترى في ذلك فسخ العقد . ففسخ العقد  
به ، من أنه لا يحل لإيمان المدين . لأن إيمان لا يفسد . بل قد كان فسخه ، لا يزال  
نكس . ولأن العقد لم يفسد لا يكون له أن يصاحبه رد . ففسخ العقد ، ففسخ  
وقد رأينا أن هذا الحق ينتج في جميع صور فسخ العقد . ففسخ  
الاحدى كذلك لا يفسد . فحكم قضائى بالفسخ ، فالعقد يفسخ من بعده  
بفسخ حكم قضائى كما قدمنا . وإذا التزم الدائن التقضاء . فبما يكون ذلك  
ليقرر أن استعانة سبب احدى أمر محقق . فقد مر . في ذلك  
وأن العقد قد انقضى . ففسخ لا يكشف عن الفسخ لا بد منه ، على وجه  
الذى رأينا في بعض صور الفسخ الا فسخ

### مبدأ تحمل التبعة :

بدا الفسخ العقد بحكم القانون ، كانت تبعة في انقضاء الالتزام لدى  
استحالة تعبداته وانتهى على المدين هذا الالتزام . فهو لا يبدله في استحالة

لتفسد لأن الاستحالة راحة إلى مند أجنبي . ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بسبب الأثر المقتضى ، فحينئذ يراه الأمر عليه وهو الذي يحمي . وهذا هو مبدأ حكم القوة في العقد المبرم . ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط بالأداء المستحقة في حين برمة للدين . يعني عندئذ أي أن عليها أن تعقد

ولو أن العقد كان ملزمًا لأحد ، فهو يراه غير المستحقة ، فيتحال تنفيذ التزام المبرم عليه سبب حتى أن ذلك في يده ثم فاهرة فاستحال عليه . وهو من المبرم في معنى يحمل البعده الدائن لا سبب والسبب في ذلك واضح ، إذ الدائن هو هو . وهو في ذاته إلا أن التحال منه في معنى عند الدائن ، وهو في معنى من الأثر . فحينئذ هو الذي يحمل التحال في آخر الأمر . حالة تنفيذ التزام المدين . وهو الذي يحمي بعهده الاستحالة

فيمكن القول بأن وجه عدم الدائن هو الذي يتحمل البعده في عقود المبرمة للمدين . والدائن الذي يحمي في معنى المبرم به .

### المادة التي يترتب على انقضاء العقد حكمه القاهرة

وإذا انقضى العقد بحكم قانون ، ترتب على انقضائه أثر على فسخه بحكم القانون أو بحكم الاتفاق كما سبق قول . وبعد انقضاء إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد . ولا محل لها للتعويض ، لأن الدائن انتهى التزامه بقوة القاهرة .

وكل ما سبق أن قررنا في هذا الصدد ، فيما عدا التعويض ، من أثار العقد بأثر رجعي ، ومن أثر الفسخ مما يبرر امتناع الدائن بالتسعة إلى غير ، ومن انقضاء الأثر الرجعي بالتسعة إلى العقود الوضعية . يسبق هنا

## المبحث الرابع

### الدفع بعدم تنفيذ العقد

#### تاريخ القاعده :

تقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتى : إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحمل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التى نبى عليها الدفع بعدم التنفيذ هى عين الفكرة التى نبى عليها فسخ العقد . الإرتباط فيما بين الالتزامات المتعاقبة في العقد الملزم للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا لتنفيذ من جهة أخرى .

ولم يكن المبدأ معروفا في القانون الرومانى على النحو الذى عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذى يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بموجب عقد ملزم للجانبين ، دفعا لما مش (exception de dol) . ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي ، بل كان هو الدفع بالعث المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص . ولم يطاق عليه اسم لدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . ولا في القانون الفرنسى القديم . فالإصطلاح ليس إذن رومانياً وإن كان لاتينيا ، وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الرومان (post glossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسوها إلى القانون الرومانى .

ولم يضع التقنين المبنى الفرنسى ، ولا التقنين المبنى المصرى السابق على قراره ، نصاً عاما يقرر به القاعدة ، بل اقتصر التقنين على تطبيقات متفرقة للمبدأ .



أما التقديرات الجزئية ، كالتفويض الآتي وبمقتضى الالتزامات السويسرية ، فقد صاغت المدأ في نص عام . وصار القدر المدنى الجديد ، ومعه التقيد المدنى السويسرى والتفويض المدنى العراقى ، على سبيل التقديرات الحديثة ، فأودت هى أيضاً نصاً عاماً بقرار المدأ .

وبحث كما عرفت فى المنهج المصنوع ، المبدأين الآتية . (١) متى يمكن التمسك بالمنهج . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) وما ترتب على التمسك به من أثر .

## المطلب الأول

متى يمكن التمسك بالمنهج بصدقه تنفيذ العقد

الحق الذى يقع به من التنفيذ وثالث الحق فى الحبس :

الحق فى أحسن مقرر شخصي . على أهم اثنين الآخر ومدين له ، وأما مدين فمهما ترتب على عدم الآخر ومدين له ، فيكون هو الآخر . ط أساساً لتحقيق الحق فى الحبس ثم حار ، فقد أودع عمده . شيئاً مما كان له غير ، كالودع عده والمسيير والمرتب من حار . والعصب والحق فى الحبس بية ، وأما حق عيه مصر وفات ضرورية أو رابعة ، كان له أن يرجع به من المصروفات على اوجه المدنى عنه فمدين . ومن ثم يوجد حار الشئ ومالكه والحاك مدين سبائك . انتهى . وذاش له يسترداد المصروفات . والارتباط وأصبح ما بين الالتزام رد الشئ والحق فى استرداد المصروفات . لذلك يجوز للحاك أن يتمتع عن تنفيذ التزامه رد الشئ . حتى يتقاضى من المالك حقه فى استرداد المصروفات . وهذا هو الحق فى الحبس . وهو هذا العموم يتسع ليدخل فى نطاقه اندفع بعدم تنفيذ العقد . فإبائع مدين بتسليم المبيع ودائن ماثل ، وبين الالتزامين ارتباط واضح ، فمن حقه أن يحبس العين حتى

يستوفى الحق ، وهذا تطبيق للحق في الحس في عقد ملزم للجانبين ، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد

ومن ثم يكون الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق في الحس ، بحيث يطبق الحق في الحس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، وإذا خرج عن هذا النطاق ، عارضاً حقاً في الحس ، لا دعماً بعدم تنفيذ العقد ، فالحس للبصريات الضرورية أو الراجعة في عقود العارية والوديعة ورهن العارية وفي غير عقد أصلاً لا يكون دعماً بعدم التنفيذ ، بل حقاً في الحس ، وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، ونعني على كل من المتعاقدين أن يرد ما استوفى عليه ، جارٍ لكل منهما أن يحس ما أحده مادام المتعقد الآخر يرد إليه ما عليه منه ، وهذا هو أيضاً حق في الحس لا دفع بعدم تنفيذ العقد لأن العقد قد زال .

فالدفع بعدم تنفيذ العقد ، كالمسح ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين .

ويمكن مما تقدم أن نستخلص ما يندرج تحت مسمى نظام قانونية أربعة : المقاصة والمسح والدفع بعدم تنفيذ والحق في الحس ، وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي قدر الالتزامات ، بحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ما له من حق بما عليه من دين . وهذه هي المقاصة والمسح - أو في القليل نقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق - وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ والحق في الحس . وبما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الزمان كبيراً يعالجها علاجاً واحداً هو الدفع بالدين ، يستعملونه في المقاصة وفي الدفع بعدم التنفيذ وفي الحق في الحس .

الالتزام الذى يرفع بهرم نفقته بحيث أن يكونه واجب النفقة عليه :

ولا يكتفى أن تكون هناك عقد ملزم للجائس ، بل يجب أن يكون الالتزام الذى يدفع بعده نفقته واجب النفقة حالا . فلا يجوز الدفع بعدم نفقة التزام غير حال ، ولا يستطاع الناح أن يحبس العين لعدم استيفائه الثمن إذا كان الثمن مؤجلا . وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ تسديد التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق له أن يستمع من هذا الدفع ، إذا يتعين عليه أن يبنى التزامه به أولا ثم يطالب بعد ذلك به من حق .

عدم التعسف فى استعمال الدفع بهرم النفقة :

ويجب أن ذلك ألا يساء استعمال الدفع ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتسلطوا بالدفع إذا كان هو الذى بعده تسديد ، أو إذا تسبب فى عدم تسديد الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التمسك بالدفع ، إذا كان استعقد الآخر قد قام بعمه التزامه ولم يفتى إلا جره يسير لا يضر . مشاع بعد عقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقدين الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تسديد حراما من التزامه بقدر آخره غير المتعقد من التام التمسك قد لا آخر يفرض أن الالتزام الأول قاصر للتسديدة . كذلك لا يجوز أن يستهشترى عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطرا يتهدد العين المبيعة إذا كان هذا الخطر ليس بهامى ولا أن يمنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بتقديرات ينكرها هذا عليه .

## المطلب الثاني

كيف يمكن التمسك بالدفع بعد التهديد

مهم فوری و ضروری

[illegible]

ترك الامر الى تقدير المتفكر. والاروم نحو رثاة الفضاء.

ويزرك المدفع مدته من نقد المماعد لدى حاكمه ، وذلك بخلاف  
المدفع وقد تقدم أنه من كمال النقدي بقضاء ذلك أن المدفع بعدم التغير أقل  
خطر من المدفع ، لا يمكن النقد ، لا يتغير على وجهه .

على أن المدفع ، معتمداً على ما سبق قد يكون ، مرده في آخر الأمر إلى القضاء .  
ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالمدفع وأصرح عن نية الترامه ، فإن الطرف  
الأخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، ويُقاضي تقدير موقف من يمسك  
بالمدفع فيقره أو لا يقره . وينبغي من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالمدفع إلى  
القضاء عند البداية ، فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك برفع دعوى ،  
وطبيعة المدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذي  
ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك المدفع .

فانتمسك بالدفع بغير إذن على دورين . الدور الأول ، وهو دور غير قصائي ، يتمتع فيه المتمسك بالدفع عن تعبد الزامه ، وهو مجرد امتناع لأحاجة فيه إلى عمل يجهلي . والسر الثاني ، وهو الدور القصائي ، لا يتحقق إلا إذا رفع المواقف الآخر دعوى تمتبفم تعبد الزام المتعبد الأول . وفي هذا الدور تتحقق غاية اقتضاء هذا أو خاص المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنع من حكمه بغيره . وليس من شرط أن يكون المدعي بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته .

وقد نجد المدعي بصورة رشكال في . . . . . إذا ما أراد الخدم له سعيد الخدم من أن يقوم بتدبيره .

### تمسك كل من المتعاقدين بالدفع :

وقد سميت كل من المتعاقدين ، لأنه . . . . . من هذا التبرع حق يفقه المتعاقد الآخر . وإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر مطالبه بالتبذل ، حكم القاضي على المدعي عليه أن يدفع المدعى شرط أن يقوم المدعي من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرص الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . وإذا أمر القاضي أن أحد المتعاقدين تمتعت ، فإن كان المدعي رخص دعواه ، وإن كان المدعي عليه بأنه بدون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعتا ، أو ظهر ألا أحد منهما تمتعت ولكن لا يتفق أحدهما بالآخر ، ولم يتخذ أحد لإجراءات العرص الحقيقي ، لم يسق للحلاص من هذا الموقف . لا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما ألزم به في حرية المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلها يعيدان التزامهما في وقت واحد .

## المطلب الثالث

## ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم التنفيذ

فبما بهي المتعارفين .

إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن المتمسك بالدفع لا يجوز على نفسه الرجوع ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول بالفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو الالتزام من حق عي ، كما أنه لا يقع نقل الملكية ، كان المانع أن يتمتع عن معارضة لشترى في تسخير البيع حتى لا تنتهي الملكية إليه .

وإذا كان المانع عمل ، كما أنه لا يؤول إليه ماله ، كان المانع أن يتوقف عن أعماله . وهناك حالات لا تصور فيها وقف الالتزام ، وذلك إذا كان القيام بعمل واحداً في وقت معين ، بإفادت المانع المقصود منه . مثل ذلك أن تعهد صانع إنتاج مصنوعات لمرصها في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تعهده التزامه بأن يموت ميعاد العرض لأنه لا يستوفى أجره الحال ، كان له ذلك ويكون هذا بمثابة فسخ العقد .

وبما كان المانع متعدياً عن عي ، كتعهد تاجر بالكشف عن مباشرة التجارة في حي معين معاً للراحة ، كان للساحر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي . وهناك حالات أيضاً لا تصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو معين أن يبيع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من ائد ، فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المبلغ يبيع الدائن إلا إحياء الحفلة ، ويكون هذا مسجاً للعقد لا وقفه ، لأن طبعه الآتية لا تحتمل وقف .

وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام تسليم عين ، حسن المتمسك بالدفع

العين حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر . من ذلك النافع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى ثمن . وهما يحلطان يدفع مدة التنفيذ بالحق في الحس . ويجرد الحق في حس الشيء لا يثبت حتى اعتبار عليه . ونقص الحق في الحس إذا قام المتعاقد الآخر بالزامة ، أو إذا حرج الشيء من حيابة المالك . اختياره . أما إذا حرج شيء من يده حقة أو الزعم من معارضة . فله أن يطلب استرداده إذا هو قام به . الغلب في خلاف ثلاثين يوما من اوقت الذى علم فيه عرج الشيء من يده ومن دفعه مدة من وقت حرجه ٢٤٨ مدي .

وليس هناك ما يمنع من احسك بالدفع بعدم التنفيذ العقود ارمية . فيجوز المستأجر أن يسمع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم بها الانتفاع بالعين المؤجرة . وكل وقت في دور الام المؤجر يحدث نقصا في مقدار هذا الا ان اام وبما أنحر المستأجر في دفع الأجرة . فتمسك المؤجر بالدفع بعده لتسدد ومع المستأجر من الاء داع لعن المؤجرة مدة من . مان . اعتبر المؤجر أنه لم يده . ثم "يا" — لا مؤقة — الزامة في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الاستماع . فيقتصا منه المقتدار . ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقاس بالمدة اى . وبها المؤجر . يجب لعقد

### بالقضية الى التغير

يسرى الدفع في حق الغير . فإذا أنحر المشتري عن دفع الثمن وتمسك البائع بالدفع وحس العين المبيعة . فبكل من كتب حتما من المشتري على العين المبيعة يسرى في حقه الدفع . فإذا باع المشتري للعين من مشتري ثان أو رهنها لدائن مرهين . جاز للبائع أن يبيحها لغيره في مواجة المشتري الثاني أو الدائن المرتهن . والمستأجر إذا كان يبحره غير ثبات النافع أن يبحر العين لأحد المؤجر حسب . بل أيضا ضد المشتري من المؤجر . حتى يستوفى تعويض المسحوق له على المؤجر لخروجه من العين المؤجرة .

## الفرع الثاني

### الفسخ

في العقد الإسلامي

الفسخ و إرفعه بعد رسم التنفيذ في العقد الإسلامي .

يعرف العقد الإسلامي بطريقة الفسخ . ولكنه في غير الأحوال التي يكون العقد فيها غير لازم بتعيينه أو غير لازم بتعيينه جبرية ، يصدق من المدي الذي يفسخ فيه العقد تصرف ملحوظ ، هو أقرب إلى التصرف الذي رأيه في لقائهم أو مدي . وعلى مقتضى من ذلك توسع العقد الإسلامي توسعا كبيرا في إقرار الدفع بعدم تنفيذ العقد ، في صوره الخاصة وفي الصورة العامة التي يسمي فيها بالحق في الخس . وهذا ذلك واضح . فإن فسخ العقد ، أي حله بعدم عقده ، أمر حتمي ، فوجب الإقرار منه والتصدق فيه ما أمكن . أما الدفع بعدم تنفيذ العقد فلا يفسخ فيه حين العقد ، بل هو وقف لتعديده ، ومن ثم كان أعل حظه أن توسع في إقراره .

وببحث . ( أولا ) متى يجوز فسخ العقد في العقد الإسلامي ( ٢ ) ثم متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد .

### المبحث الأول

متى يجوز فسخ العقد في العقد الإسلامي

استمر من العقود المعقدة في العقد الإسلامي :

قدمنا أن العقد الإسلامي لا يؤول فيه الطريقات العامة ، وعلى الباحث أن يؤولها بعد أن يستخلصها من أصول الموضوعات المتخلفة ومنجرجي



على هذه الحطة ، فستعرض من العقود المسماة في الفقه الإسلامي ما يصلح بحالنا لبحث نظرية الفسخ .

وستعتمد على دى بدء طائفتين من العقود . ( الطائفة الأولى ) العقود التى يقع فيها خيار ، فقد قدمنا أن قيام خيار فى العقد يجعله قابلاً للفسخ ، ولكن ذلك لا يوجب أن يسارية عامة فى الفسخ ، بل على قدمه انفراد به ، وقد ساء القول فى ذلك فيما مضى من جهة المحررين ، واللائحة شدة ( العقود عدا الزامة ) ، فهذه يجوز لأحد المتعاقدين أو لكلاهما بحسب العقد المسمى أن يفسخ العقد ، فإسارية عند غير ذلك ، وكذلك فخر صر والودعة والوكالة . وسند من أيضاً أن كفاية ، فإنها عقد من عقود الوفاء هو جانب الكمال ، فلا تصور فيها عقد كغيره ، مع أنه يجب فيه بمقتضى الأسباب لاجتماعه ، من غير أن يفسخ أسراراً ٨٩٧ د - ٩٠٥ م رشد الخيران ،

وسنذكر من العقد - المسمى بالبيع والإيجار ، أنواعه المختلفة ولها ، وأما ما يستعرض الحالات التى لا يجوز فيها فسخ العقد ، والحالات التى يجوز فيها الفسخ ، ثم ستخصص من كل ذلك قاعدة عامة منسجمة ما تشتمل من هذه التفصيلات .

## المطلب الأول

الحالات التى لا يجوز فيها فسخ العقد

لا يجوز للمدين فسخ العقد ، بل يطالب بتسليمه إذا أهل المدين بالتزامه :

سواء أن لأصل فى لفقه الإسلامى أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا أخّر المدين بالتزامه ، بل يطالب بتسليم العقد ، فالعقود المبرمة للمدينين - أو عقود المعاوضة - اللزامة بطبيعتها والحالية من الخيارات ، الأصل فيها إذن أنه إذا لم يقيم المدين بتسليم التزامه ، ثم يستطيع الدائن أن يفسخ العقد

ليتحصل هو أيضا من التزامه المقابل . بل كل ما يستطع عمله ، بعد أن انعقد العقد صحيحا لا ريبا ، هو أن يطالب المدين بتفدية التزامه ، على أن يقوم هو من جانبه بتفدية ما في ذمته من التزام .

ويستعرض في هذا العدد من العقود المسماة البيع والإيجار والرهن والصلح

## § ١ - عقد البيع

عزم قبض المسمى بالذات من دفع الثمن

إدام عقد المشتري دفع الثمن عند استحقاقه ، فليس بواجب أن يطالب بمسح بيع . بل يبيع البيع فأنما غير قابل للمسح ، ويبقى العين المبيعة في ملك المشتري . ولكن المانع بعقد المشتري بآمن ، وبتميزه على أنه طبقا بقواعد المقررة في أداء الديون في البيع الإسلامي . وليس بواجب إذن في إيفاء الإسلام كماله في إيفاء العرف ، فخير من مطابقة مسح بيع أو لمطابقة بأداء الثمن ، بل ليس له إلا المطابقة لأداء الثمن ولا مسح

والأصل أنه يجب على المشتري أن يدفع الثمن أولا في بيع سبعة مثله من أحضر البائع سبعة . ما سكر ثمن دين مؤجلا على المشتري ( ٨١٠ ) مرشد الخيران . أما إذا بيعت سلعة غنم مقايضة ، أو بقود بمثلها صرفا . سلم المبيع وثمن معا ( ٨٢٠ ) مرشد الخيران . وإذا كان الثمن مؤجلا في أصل معبوء لزم أدؤه عند حلول أجله ، وإن كان مقسما على ثلاث قسط في ميعاده ، فإن تأخر المشتري عن أدائه قسط لانقضاء القسط الأخرى حالة لا إذا كان ذلك مشروعا في العقد ( ٨٣٠ ) مرشد الخيران . ويصح الثمن لمؤجل بموت المشتري ، ولا يحل بموت البائع بل ينتظر ورثته أو عرماؤه حيول

الأجل لاستيفاء الثمن أو الأقساط إلى سكون باقيه في دمة المشتري (م ٤٨٤ مرشد الخيران).

فإذا استحق الثمن الأداء على الوجه لدى قدماء، وحسب على المشتري الوفاء به للبائع، فإذا بدفع المشتري الثمن حالاً إن كان معجلاً أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً، لم يفسخ البيع، بل أحبر المشتري على دفع ثمنه فإن امتنع بعه من متاعه ما قبل الثمن المظبوط منه (م ٤٨٧ مرشد الخيران). وإذا مات المشتري مفسداً بعد قبض المبيع وقبل دفع ثمنه، وبالبائع أسوة العرماء، ولو وجد متاعه باقياً، فإنه فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحق، في عني لمشتري في المذهب الحنفي (م ٤٦٣ مرشد الخيران). هناكه إذا قبض المشتري لم يبيع، أما إذا مات المشتري مفسداً قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالله أحق بحقه إلى أن ينوفى ثمنه من ثمنه لمشتري أو بديله القرض، وإذا لم ينع حقه من ثمنه، فإن ادعى ثمنه على حقه، لم ينع بقرينة لما في أمره، وإن قبضه ولم يعرف حق البائع، فله أن يملكه أسوة العرماء فيما بينه (م ٤٦٤ مرشد الخيران). وإذا دفع ثمنه قبض المشتري، لم يبيع، يمكن للبائع حقه منه، كما يكون له حق أصبار عليه ثمن الذي له في دمة المشتري، وإما أن لا يكون له مع كل ذلك فسخ البيع لعدم استيفاء ثمنه.

### خيار القدر:

ولما ثبت لزوم فسخ البيع عند عدم استيفاء الثمن، فلا يلزم اشتراط لنفسه صراحة في بيع خيار القدر، عند حدوث يكون له فسخ البيع في حدود صيغة، بل مع التمسك به، لا من قاعدة عامة في فسخ، بل من قيام خيار في العقد بحمله على لازم وفقدان العقد المبرور في سائر الخيارات.

وقد جاء في حدود خيار القدر في مرشد الخيران ما يأتي. وإذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد ثمنه في ثلاثة أيام، صح البيع

والمراد فإن أدى المشتري اشئ في ائدة المعينة لرم البيع . وإن لم يؤده في ائدة المعينة أو مات في أثناءها قبل أداء اشئ فقد البيع .

٢ - عقد الإيجار في مختلف أحواله المختلفة

عقد الإيجار قابل للإسقاط في أكثر الأحوال

عقد الإيجار ورد على خلاف إجماع ، وأحد أسباب الإبطال في المارقة فيه هو أنه - د - على منعه من أن يملك لأمر معدوم ، ونحوه شئ فلهذا .

ومن ثم جاز في عقد الإيجار في أكثر الأحوال فهو يسقط ، كما سعى . لهذا استلزم المؤجر أو الأخير الآخر ، ولذا لا يجوز أو تعينه . يعتبر أيمن باستيفاء المدة منه ، ومسح الإيجار للغير ولو لم أحد المتعاقدين ، ولغير ذلك من الأسباب الكثيرة التي ذكرها فيما سبق .

عقد الإيجار لا يسقط في كل حال محل فيها المدين بالتزام :

ومع ذلك فإن عقد الإيجار لا يسقط في كل حال محل فيها المدين بالتزامه . بل إنه في بعض هذه الحالات ، وهي ثلاثة ، لا يجوز فيه طلب المسح وذكر من هذه الحالات ما يأتي :

( ١ ) جاء في المادة ٥٩٨ من مرشد الخبيرين . ومن استأجر دابة لنقل حمل له إلى محل معين بأجر معلوم ، فتمت الدابة في الطريق قبل الوصول إلى المحل المقصود . فإن كان المستأجر استأجر الدابة بعينها كان له الخيار إن شاء نقض الإجارة وإن شاء ترضى إن أن تقوى الدابة ، وليس له أن يطالب المؤجر بدابة أخرى ، وإن كان المستأجر مستأجر دابة بعينها كان له أن يطالب بدابة أخرى . ويذهب من هذا النص أنه يجب اختيار بين فرضين .

الفرص الأول أن المستأجر يستأجر دابة بعينها ويعاقد عليها ، وعند ذلك لا يستطيع أن يطالب بدابة أخرى لأنها تكون غير المعقود عليه ، وله نقص الإجارة . والنقص هنا أي الفسخ ، منه استحالة إستيفاء المفعة المتعاقد عيها . وللمستأجر أن يبرل عن بعض حقه إن شاء ، ويترخص إلى أن تقوى بدابة ، فلا يفسخ الإيجار . والفرص التي ألا يكون المستأجر قد استأجر دابة بعينها ، فهو قد تعاقد على نقل الحمل إلى مكان معين على أجرة دابة . وفي هذه الحالة إذا تعبت دابة حتى يابها ، لم يكن تنفيذ الإيجار مستحيلا ، بل يسهل دلها بعينها أي غالب النصف العيني ، وليس له فسخ العقد .

ومن أمثلة ٥٢٨ من أئمة في هذه المسألة على أنه ، كما يصح استكراه دابة معينة ، كذلك يصح الاشتراء على المسكاري الإيجار إلى عين معين . ويقول ابن رشد في ٢٩٣ عليه السلام : « في الصورة الأولى يكون عقد الإجارة واردا على صفقة نقدية معينة ، فليس لتؤجر أن يعطى غيرها ، ولو فعل فلا أجر له ، لأنه قد تغير المعقود عليه (هذه) . وليس للمستأجر أن يفسخ العقد غير هذا ، فثبت في الطريق ، بل يجبر على فسخ الإجارة أو انتظار الدابة حتى تستريح . . وفي الصورة الثانية يكون العقد واردا على دابة المسكاري ، فعليه إيصالها إلى العين على أية دابة شاء ، حتى لو تعبت دابته في الطريق لا يكون ذلك عذرا في فسخ الإجارة ، بل يجبر على إيصالها إلى العين المسمى بنحوه على دابة أخرى . »

(٢) في خصوص عقد المزارعة — وهو صرف من عقد الإيجار —  
أورد مرشد الخيران لخصوص الآية :

م ٧٢١ : « إذا فصر المزارع في سبي الأرض حتى هلك أربعين هذا السن ، فلا ضمان عليه إن كانت المزارعة فاسدة ، وعليه الصهان في المزارعة الصحيحة الواجب عليه العمل فيها . »

م ٧٢٢. إذ ترك لاكار سقى الأرض عمداً حتى يس الررع ، ضمن وقت ما ترك السقى فتمت الررع مات فى الأرض ، وإن لم يكن للررع قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فبعض نصف ما فصل بينهم .

٧٢٣ م : إذا أحرى الأكارس الروح تأخيراً معاداً فلا صحت عليه ،  
وإن أحره تأخيراً غير معاد فعليه الصلوات والمرأعة صحيحة ،

٧٢٤ هـ . دأترك حفظ الزبارة حتى أكنه الله اب فعليه صوته . وإن لم  
يود الرابع الحرد حتى أكل البعكه مع إمكانه صم . ولا لا .

ويستخلص من هذه النصوص أن على الزائر التزامات بموجب عقده المراجعة ، فإن أحل لها كائن قصير في سبي لأجل حق هيك اربع ، أو ترك السبق حتى يمر اربع . أحل صاحب حق اربع معتد أو ترك حفظ اربع حتى أكله نذره . أحل له أن يأكل اربع كله ، ورد صاحب بيتوا أن يظلم صاحب الأرض من المراجعة ، ورد بوجوده لصيان على المراجعة حتى جمع هذه الأجزاء .

(٣١) عقد المساقاة - وهو صرف آخر من عقد الإيجار - عقد لازم من أخاه ، ولا يجوز فسخه ، ولا يترضى أى بالتفصيل ، ولا يصح أن يسقط أحد المتعاقدين بمسح حتى لو أحل المتعقد الآخر له منه من التزام ، وإنما يطالب المتعقد الآخر بتعويض التزامه ، والعقد - كسائر الإيجارات - يصح بغيره ، كما إذا عفا العامل عن العمل أو كان غير مأمون على الثمر .

وقد وردت في هذا الخصوص النصوص الآتية في مرشد الخيران :  
 ٧٣٤ م . عقد المرافاة لآية من الخنافس . ولا يملك أحد من الامتاع  
 والتسحق من غير صاحبها إلا بعد . ويحرم المساقى على العمل إلا من  
 عساه . وتطبيقاً لقاعدة العمل نص مادة ٧٣٨ على أنه : إذا عجز العامل عن  
 العمل ، أو ثل غير ذلك من عجز عن العمل ، جاز له المرافاة . وتطبيقاً لقاعدة عدم

المسح والانتصار على التبعيض تنص المادة ٧٣٦ على أنه «لا يجوز للمساق أن يساق غيره إلا بإذن مالك الشجر» فإن ساق غير رده، فالخارج لمالك وللساق شيء آخر منه على المساق الأول بالعلم مالمع ولا آخر الأول . .

### ٣ - عقد الرهن

#### الرهن عقد ملزم للجانبين

١ هـ - ويراد به في الفقه الإسلامي رهن اجبارة دائماً . عقد ملزم للجانبين في عقد الرهن العربي . فلهذا «الرهن بعدم العرض للرهن في العين التي أرهنها منه حتى يملك الرهن سبب من أسباب ملكه» . ومن ثم لا يملك الرهن ستردد العين قبل ملكه . إله . كما لا يملك بيعها ولا إحارتها ولا إيداعها لدى رضاء الرهن . ويبرم الرهن اعم من محط له كعاقبته بحفظ ماله . ولا يجوز له بيع الرهن إلا إذا كان وكيلاً في بيعه من قبل الرهن . وليس له إيداعه ولا إحارته ولا إيجارته ولا إرضاء الرهن . ولا يجوز له أن يفتح بالرهن دون إذن الرهن

لا يفسخ الرهن لعدم قيام أحد المتعاقدين بالبراءة .

٢ هـ - كما هو في الرهن أنه لازم للجانبين . فلا يجوز لأحد الاستقلال بفسخه ولو عدم تميز الآخر بالبراءة وإذ كانت المناسبة بالفسخ . ويجب الصبر على العقد المتحالف . ويبقى عقد الرهن قائماً . وور أن يفسخ .

فإذا أحس الرهن ما قامه واج الرهن فلا بد للرهن . وعقد لا يفسخ . ولكن بيع الرهن لا يفسخ إلا بإجارة للرهن . وبين ذلك الرهن في يد المشتري من الرهن قبل أن يبيع الرهن لبيع فلا يفسخ بإجارة من المالك . والرهن الخيار إن شاء صحت المشتري قيمته . هـ هـ . وإن شاء صحت الرهن .

وإذا أحل المرتهن ما تضمنته ، بقي الرهن قائماً ولا عزم ذلك ، وطواب  
باشفید و صیان ، والأصل أن رهن مضمون على المتهن يهلاكه دون  
تعدد ، وقصده لأقل من قيمته ومن الدين ، وعمره قد يود قصده لا يوم  
هلاكه ، وما زاد من الرهن على الدين فهو أمانة في يد المرتهن ، وإن هبث  
بتعدد ضمن ، وإلا لم يضمن .

وإن تعدد المرتهن وباع الرهن بلامدى راهر ، لم يفسد البيع ، ويبقى  
الرهن قائماً لا يفسد ، وإن تعدد اشترى الرهن من المرتهن وهبث في يده  
قبل الإحارة ، كان للرهن الحيا في تصدق اشترى أو الرهن .

وإذا تعدد المرتهن ورهن الرهن بلامدى رهن ، لم يفسد الرهن  
الثاني ، ويبقى الرهن قائماً لا يفسد ، وإن هبث الرهن في يد المرتهن  
الثاني قبل الإحارة ، فله الرهن الأول إذا كان شاء حتى المرتهن الأول وقصة  
الرهن بالغة ، طلعت وصير حصة هباً وعمد كالمترته الثاني للدين ، وإن  
شاء ضمن المرتهن الثاني ويكون ضمن هباً عند المرتهن الأول وقضى رهن  
الثاني ويكون للمرتهن الثاني الرجوع إلى الأول بما حصة وسديه (م ١٠٠٣  
مرشد حيران) .

وإذا باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلامدى رهن أحاصر أو  
بلا إذن المأضي والرهن قائماً ، فلا يفسد الرهن من يمين قائماً ، ويضمن  
المرتهن قيمة الثمار .

وإذا قصر المرتهن في المحافظة على الرهن أو امتنع به دون إذن الراهن ،  
لم يفسد الرهن بل يبقى قائماً ، ولكن إن هبث لرهن كان ضمانه على المرتهن ،  
فيهلك الدين من الرهن ما يساوى الدين ، ويضمن المرتهن قيمته ما زاد  
على الدين .

ونرى من ذلك أن الرهن لا يفسد لإحلال الراهن أو المرتهن بأمرامه ،



وعلاج هذا ليس هو الفصح ، بل هو نارة عدم نفاد التصرف ، وطورا  
الإجبار على السيد ، وثمة صهيان عند هلاك ، أما الفصح فلا

### ١ - عقد الصلح

#### الصلح عقد ملزم للجانبين :

والصلح في الفقه الإسلامي : تسع : لإبحار والرهن ، عقد ملزم  
للجانبين ، فإذا تم الصلح على الوجه المطلوب ، نحن دل الصلح في ملك  
المدعى ، وسقطت دعواه المصالح عنها فلا من له الادعاء ثانيا ، ولا يملك  
المدعى عليه استرداد دل الصلح ، بل دفعه مدعى ، ويختص من ذلك أن  
كلا من المتصالحين يلتزم نحو الآخر ، وبما اندعى بالبرول عن ادعائه في  
مقابل التزام المدعى بتسليم دل الصلح .

#### الصفة - ١ : الصلح لغرم ثبات امر المتصالحين بانفراد .

ولا يصح الصلح اذنه وبما أحد المتصالحين دله ، بل من ثانيا .  
ويجوز العقد على السيد ، وقد جاء في المادة ١٠٤٧ من مرشد الحيران : وإذا  
كان الصلح بين المتصالحين ، فبشكل من أشكال التسوية بينهما ، وإذا اذنه  
يرجع المدعى به مدعى وبطل صلح المدعى عليه ، ويختص من ذلك أنه  
لا يجوز لأحد الطرفين أن يسقط صلح الصلح ، بل يجب أن يكون الصلح  
تراضيا أي بالتقارب . وتبيد ألدت جاء في المادة ١٠٤٩ من مرشد الحيران .  
وإذا كان المدعى عنه مكررا لما ادعى عليه به وصالح المدعى على ذلك ،  
سقط حق المدعى في الخصومة فيس له أن يصره في الدعوى المصالح عنها ،  
ولا أن يحلفه اليقين ، ولا أن يصح الصلح .

وحق لو ضاع دل الصلح أو استحق وكان لا يثبت بالثبوت ، لم يفسح

الصلح ، ويلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع أو استحق . أما إذا كان البذل مما يتعين بالتعيين ، كان لاماً من فسخ الصلح لهلاكه المثل . وقد جاء في المادة ١٠٤٩ من مرشد الخيران في هذا الصدد : « إذا ضاع بدل الصلح أو استحق كلا أو بعضاً قبل تسليمه للمدعى ، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به أو غير جنسه ولكن ضاع قبل الافتراق عن المجلس ، فلا يقضى الصلح ويبرم المدعى عليه بمثل ما ضاع كلا أو بعضاً سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار . وإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين ، فضاء كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعى ، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى به كلا أو بعضاً ، وإن كان الصلح عن إنكار يرجع المدعى إلى المخاصمة » (١) .

## المطلب الثاني

### الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد

#### يجوز فسخ العقد استثناء :

ومع ذلك فقد أجاز الفقه الإسلامي في بعض الحالات فسخ العقد ، إذا تذر عن أحد المتعاقدين القيام بالتزامه أن هلك أو كان في حكم الهالك أو فانت منفعته المقصودة . ويقع ذلك موجه خاص في عقود البيع والإيجار .

(١) كذلك عقد الشركة لا يفسخ لأجل إحلال أحد الشركاء بسامه ، بل يجب على الشريك أن يخل بالتزامه للشركاء ، جاء في الفقرة (٣٨٢م) : « إذا بهي أحد الشركاء الآخر بغيره لا تذهب بمال الشركة إلى ديار أخرى ولا يبع المال بسيئة ، فلم يسمع له وتذهب إلى ديار أخرى أو يباع بسيئة ، فمن حصة شريكه من بخسار الواقع » . ويقول الأستاذ سليم باز ( ص ٧٣٦ ) تعليقاً على هذا النص : « أي إذا خلت البيع ، أما لو كان البيع قائماً فيوقف البيع على إجازة الشريك ، فإن أجازته جاز وتبرع بهما »

## ١٥ - عقد البيع

## مصادم البائع والمشتري :

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يسلّمه للمشتري ، جاز للمشتري فسخ البيع لأنعدام التحمل بعد انعقد والرجوع على البائع ما لم يكن إذا كان البائع قد قصده ويستوى أن يكون الهلاك بمثل البيع أو بمثل المبيع أو بآفة سماوية . أما إذا كان بمثل المشتري لم يجز له فسخ البيع ووجب الثمن في دمه . وإذا كان الهلاك بمثل أحسب ، فالمشتري الخيار بين فسخ البيع والرجوع ما لم يكن والبائع يرجع على الأجنبي المتعدي . وبين بقاء البيع ورفع الثمن وعندئذ يرجع المشتري على الأجنبي . أما إذا عيصر المشتري المبيع ثم هلك في يده ، فقد تم بيعه البيع ، وبهلك المبيع في هذه الحالة على المشتري ، إذ يمنع عليه الفسخ ويجب عليه دفع الثمن . أنظر المواد ١٦٠ - ١٦٢ و ١٦٥ من مرشد الحيران

## ضمانه مفسد المبيع :

ولا يصح البائع هلاك المبيع لحسب . بل هو أيضاً بضامن مقداره . فإذا بيعت حقة من المكبلات أو المرويات أو المدروغات التي ليس في بعضها ضرر أو من العدييات لمقاربة ، وعين مقدارها مع بيان حقة ثمنها أو بيان ثمن الوحدة ، فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين في العقد ، كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أحضر المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإن ظهر أنه رآه على المقدار المعين في العقد ، فإزباده للبائع . أنظر ٤١٨ من مرشد الحيران

وإذا بيعت حقة من المدروغات أو المدروغات التي في بعضها ضرر أو بيعت قطعة أرص . وعين مقدار المبيع مع بيان حقة الثمن . فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين في العقد ، كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ

البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بجمع اثنين المسمى ، وإن طهر أنه رائد  
على المقدار المعين في العقد ، فزيادة المشتري ولا خيار البائع . أما إذا كان  
اثنان مقدراً بسعر الوحدة ، وطهر المبيع ناقصاً أو ثلثاً ، فالمشتري يحبر  
إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بمقتضى اثنين . أنظر  
المادتين ٤٤٩ — ٤٥٠ مرشد الخيران .

وإذا بيع بمحور من عدديات المتفاوتة مع رهن حصة ثلثها ، وطهر المبيع  
ناقصاً أو ثلثاً ، كان البيع قائماً وسداً أما إذا قدر ثلث على أساس  
أحد المبيع ، وطهر المبيع ثلثاً على البيع وسداً ، أو طهر ناقصاً أحدهما اشتري  
بحقه من ثلث . أنظر المادتين ٤٥١ — ٤٥٢ مرشد الخيران (١) .

### موافاة استحقاق المبيع

ويضمن بائع المشتري استحقاق المبيع ، وهو شبهة حد المصالح في العهد  
فإن ظهر له مبيع مفسد ، فسخ المشتري بيع لأن المبيع لم يحصل له ورجع  
على بائع ، بل ، وهذا حق لو كان يعلم من قبل أن المبيع ليس ملكاً للبائع .  
ويسترد المشتري ثلث ماله من بائع ، وهو حصص قيمة المبيع بعد البيع  
أو زادت .

وإذا ادعى المبيع من يد مشتري فسخه ونقصه ، استحقاق ، كان  
فسخاً على جميع التبعة ، ولكل البائع على الثمن ، لكن لا يرجع قبل  
أن يرجع عليه المشتري .

(١) وبضمن التلخيص أيضاً بائع المبيع ، فإن ملكه في يده من سبيلها بالمسئور ،  
ثم يضمنها شيء من ثمنه ، ونكر يكون بالمسئور الحق في فسخ البيع . وقد نصت المادة  
٤٧٨ من رشد الخيران في هذا الفصل على أن كل عاقد في البيع إذا هلك قبل  
السلامة ، لا يملك شيء من الثمن . فلو اشترى ثلثاً منهم يسألونها قبل التسليم ، حين  
التسليم أن شاء أحدهما بكل اثنين ، وإن شاء بثلث .

ولو أنت المشتق لامتدحت وهو له ، ثم دفع إليه المشتري شيئاً وأمسك المبيع ، كان هذا شرطاً لمبيع من المشتق ، وله أن يرجع على بانه بالثمن .

### فصل في المبيع

والمبيع المانع للرب في البيع ، وحباً للرب هو أحد اختيارات الأربعة المعروفة وقد سبق بمصربه ، وأما أنه يثبت المشتري خيار المبيع وإن لم يشترطه في عقد البيع ، ويشترط أن يكون مبيعاً قايماً أي موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في بد المانع قبل التسليم ، فإن ظهر عيب في المبيع على هذا النحو ، فمشتري الخيار بين شيء قبله بكل الثمن المسمى ، وإن شاء فسمح البيع ، وإلا فترد الثمن .

وقد يمتدح فسخ البيع كما إذا حدث في المبيع زيادة مائة من الرذ كصع اثوب والهاء والعمر من في الأخر المدة ، وكما إذا نقص من المشتري في المبيع بيع أو هبة ، وكما إذا هلك المبيع في المشتري ، وكما إذا حدث بالمبيع عيب جديد عند المشتري ، في جميع هذه الأحوال يتعذر فسخ البيع ، ويرجع المشتري على النافع بمقتضى الثمن ، ويقدر نقصان الثمن أن يقوم المانع سالماً ثم يقوم معيباً ، ما كل بين التبعين من العيوب ينسب إلى الثمن المسمى ، ويمتنع منه لنفسه يرجع المشتري على النافع بالمقتضى .

### ٢ - عقد الإيجار

الأموال المختلفة التي يجوز فيها البيع في الإيجار .

وهو ما أن عقد الإيجار يرد على حوائج الناس ، وأن أحد المال المبيع هي الأكثره العامة فيه . فهو قار بالمبيع ، إما لأسترجع من غير الأؤجره ، وإما لأسترجع من الأؤجره . وهذا النوع ، وإنما لم يأت أحد العالمين .

ومسح الإيجار لعدم أو نفي أحد المتعاقدين ليس منطقياً مباشرة القاعدة  
مسح العقد لعدم تفيده . وفي الأساس : لو ترجع إلى العمل المؤجرة . وذلك  
التي ترجع إلى الأجرة .

### أسباب المسح التي ترجع إلى العمل المؤجرة

التي عدة أن العمل مؤجر . وإذا هبكت أو سحقت أو حدث بها عيب  
أو طرأ عليها ما يغير من قيمتها أو يضرها عن المستأجر . كان المستأجر أن  
مسح عقد الإيجار عن المدة التي سبقت فيها دفعه العمل . وتطبيقات هذه  
القاعدة كثيرة ، نذكر منها :

١ - إذا تعينت لدار مؤجرة قبل التسليم عن الحالة التي كانت عليها  
وقت العقد . فإذا كانت قد تعينت بعد المؤجر أو بفعل غيره غير أنه  
يمكن الاستئجار بحري إن شاء فلها وإن شاء . مسح الإجارة .

٢ - لأجير صاحب لدار مؤجرة على عمارتها وتزيم ما احتل من  
بناها ، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر . فإذا فعل المؤجر ذلك ، كان  
المستأجر أن يمسح الإجارة ، يخرج من الدار إلا إذا كان استأجرها وهم  
كذلك ، فقد رأها فليس له المسح .

٣ - إذا حدث بالدار مؤجرة عيب يوجب له التمتع كما أن قد  
أو يحل بالتمتع المقصودة كإهلاك جزء منها . كان المستأجر مسح الإجارة .  
فإذا تمت الدار أو أصحح الخلل أدى حدث بها قبل أن يفسح المستأجر  
طريق حق المسح .

٤ - إذا حدثت لدار مؤجرة حادثة يوجب به . يجوز المستأجر أن  
يبيع المؤجر من رجزها . وإن ثبت على التهمة ما هو ما يمكن أو يحل  
المصلحة المقصودة كان المستأجر أن يمسح الإجارة .

هـ - إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستنحرت ولم يمكن رراعتها ، أو انقطع الماء منها فلم يمكن رريها ، لم ينجب الأجرة أصلاً ، وللمستأجر فسخ لإجارة . أما إذا ررع المستأجر الأرض فأصاب الررع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصة مامضى من المدة قبل هلاك الررع وسقطت حصة مامضى من المدة بعد هلاكه . إلا إذا كان متمكناً من رراعة مثل الأول أو دونه في الضرر فتجب حصة مامضى من المدة أيضاً .

### أسباب الفسخ التي ترمم إلى الإجارة :

وبحسب عقد الإيجار من عقد البيع في أنه يجوز فسخ المأجر للإيجار إذا لم يستوف الأجرة ، كما يجوز الأخير فسخ الإيجار إذا لم يستوف أجره . وهذا بخلاف البيع ، فقد رأى أن لا يفسخ لعدم دفع الثمن إلا إذا اشترط البائع خيار النقد .

وقد نصت المادة ١٣٣ هـ من م شد عمران في هـ . العدد على أنه هـ إذا اشترط تعجيل الأجرة . . . . . أجر دفعها وقت "عقد" ، ولذو جر أن يتمتع عن تسليم العين المؤجرة لمستأجر حتى يستوف الأجرة ، وله أن يفسخ عقد الإجارة عند عدم الإيفاء من المستأجر . . . . . نصت المادة ٥٨٤ هـ من مرشد الحيران : هـ يجوز للأجير أن يتمتع من العمل إلى أن يستوف أجره المشروط تمجيلها ، وله فسخ الإجارة إن هـ يدفعه المؤجر الأجرة ،

### المطلب الثالث

### استخلاص قواعد الفسخ في لفقه الإسلامي

لدار نشاط في لفقه الحرة مسمى بين ثلاث مسائل المتقابلة في لفقه الملتزم ،

الجانبين :

ويستخلص من المسائل التي قدمناها أنه لا يوجد في الأصل ارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في لفقه الملتزم للجانبين في الفقه الإسلامي ، بخلاف الفقه

هو في قدر رأسه أن هذا الالتزام موجود ، هو الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ هناك . في حق الإسلامى كل من مستثنى عن الالتزام المقدس به فإثره المشتري ، مع ثمن ، هو الذى يمنح له ان يبيع من ممتلكاته المبيع وتسلمه وصحته ، لا يرتبط به الا بالحق .

### الفائدة السادسة : لا يفسخ إلا بعمل المبرور ، الزام

وقد ثبت على اعدام لاريد من المبرور المتعاقب أن صحت صفة مسيح في حق الإسلامى صمراً طهراً ، فالأصل أن العقد المبرور للحاجين — أو عقد المعاوضة — لا يفسخ بإحلال أحد المتعاقبين لغيره ، بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة ، بل يندرج تحتها أن يطلبت منه التمسك أو ، نصيب على حسب الأحوال والعقد هو الذى يكون مصدر المطالبة بالتمسك أو نصيب . وهذا ثبت بما كان عليه القانون الرومان فيما قدمناه .

فإذا بهر المشتري يدفع الثمن عند استحقاقه ، فليس للبائع أن يفسخ البيع بل كل ماله هو أن يطلبت المشتري بالثمن ، ولا يتحمل هو من أثره نقل المبيع إلى المشتري عن طريق فسخ بيع . وإذا أحسن المبرور بالتزامه ، لم يملك لأمره فسخ لغيره ، بل يفسخ على مقتضى المبرور تفسيد التزامه أو مطالبته بالنصيب . اهلكت من به هو به . وإذا بهر أحد المتعاقبين في الفسخ ففسخ ما أبرمه بموجب العقد وليس بتعاقد الآخر أن يفسخ أصله بل يطلبت من يفسخ به ، ففسخ التزامه . وهكذا لا توجد قاعدة عامة في حق الإسلامى — كما وجدت في حقه العربى — تفهم أنه إذا بهر أحد المتعاقبين في العقد المبرور لغيره تفسيد التزامه جاز لتعاقد الآخر أن يفسخ العقد فتحل هو أيضاً في دمه من التزامه .



## والسنة من مواعيد الفسخ

على أن هذا الأمر لا يجوز فيها ما عدا أن يخطب فسخ العقد من يقر  
المدة من الآخر بين الزمان وهو الآخر من مذهبنا في أمرين

(الأمر الأول) بعد أن يحل العقد أو في وقت ميعته المقصود به ذلك  
أنه يمكن القول في صحة الإسلام في هذا بخلاف العقد وهذا أمر محال  
الأمر الثاني في محل عقد البيع هو المانع لا شيء . فحل عقد الإيجار هو العين  
المؤجرة أو عين الآخر لا الأجرة ولا الآخر . وبما أن محل العقد  
أو فوات ميعته المقصود به أن يثبت كماله أو ثباته أو لحقه عيب أو نقص  
مقدور أو فوات مواعيد حالات دون سببها مقصود به كماله أو في الأساس  
أي ترجع إلى المبيع وإلى العين المؤجرة . وفي الحين الذي يوجب الحل بعد  
انقضاء العقد بحال يؤثر في القوة بمرقة العقد ففسخ العقد قالوا بفسخ  
بناء على ذلك من قبله ففسخه من استعاقبين بها الحل . ويرجع الفسخ  
في الحل متى يثبت محل العقد لا في كونه الاتباع ما بين الامتيازات  
المقتضية في العقود امرية للمحل . وبالإضافة إلى فسخ البيع لملاك المبيع  
أو لاستحقاقه ثم لا يجوز بعد الوفاء بالثمن

(والأمر الثاني) عقد الإيجار خاصة . فهو قال بفسخ في أكثر  
الأحوال كما قدمنا . لئلا أن هذا العقد قد جاء على خلاف القياس استحسانا  
والحقوقد عليه . وهو المصلحة أو العين . مع عدمه . يتحدد آثارها .  
من ثم أمكن تصوير "فسخ في الإيجار" . لا يثبت عدمه بحل كلاك  
العين المؤجرة أو حدوث عيب في أي حصول أي مانع يحول دون سببها  
مصلحة المقصود به . أيضا عندما لا يبيح المستأجر تأخره الدين أو آخر  
عمن على خلاف البيع وغيره من عقود كالأجر . ففسخ على ما أبا .  
ولا يرجع فسخ في عقد الإيجار إلى فسخه لا إلى ما بين فوات  
الثبات . فبذلك لا يبيح موجد في العقد الإسلامي كما قدمنا . من يرجع



الرجال تنفيج لم يأت في فكرة الارتباط مع الالتزامات المتقابلة

، التقييد المدي العراني ، كما هو معروف ، وجود في جزء كبير من  
الفقه الإسلامي مع تعديلات اقتضتها سنة التطور ، وبما أحده هذا التقييد  
من التعديلات فكرة الارتباط مدير الالتزامات لمقالة في العقود المبرمة  
للأجانب وإقامة بصفة المصحح على هذه الفكرة ، وقد اقتبس التقييد العراني  
ذلك من الفقه العربي

وهذه هي المصووص لتعيين المدي التي في هذه المسألة .

١٧٧٠ عراقي ١ - في العقود المبرمة للأجانب ، إذا لم يوف أحد  
الطرفين بما وجب عليه بالعقد ، جاز للآخر بعد الإقرار أن يطلب  
المصحح مع التعويض من كان له مقتضى ، على أنه يجوز للمحك أن ينظر المدين  
إلى أحد ، كما يجوز لها أن تفسر طلب المصحح إذا كان عالم يوف به الدين  
فدلا بالنسبة للإلزام في حقه ٢ - في عقد الإيجار إن امتنع المستأجر  
عن إبقاء الأجرة المستحقة لوفاء ، كان للمؤجر مسح الإجارة وفي أجمار  
العمل إن امتنع المستأجر عن إبقاء الأجر استحق الوفاء كان للأجير طلب  
مسح العقد ، وفي عقد البيع يجوز للبائع أو المشتري أن يطلب المصحح ،  
إذا لم يؤد العقد لأجر ما وجب عليه بالعقد كما نلت حق المصحح بخيار  
الغيث ، من غير اشتراط في العقد .

١٧٨٠ عراقي ، يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر منسوخا من  
بإلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي بعد عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة  
منه ، هذا الاتفاق لا يوجب الإجراء ، إلا إذا تبنى المتعاقدان صراحة  
على عدم ضرره ٣ .

١٧٩٠ عراقي ١٠ - إذا ثبت العقد عليه في مبررات وهو في  
د صراحة ، المصحح العقد سواء كان هلا كما يذهب أو بقوة ظاهره ووجوب

عليه رد العوض الذي وصفه صاحبه ٢ - فليسج إذ حدث في بد البائع قول  
أن يتخذه يشتري تكون من من "بائع" لا من "مشتري" ،

١٨٠٠ عراقي ، إذ مسح بعد معاوضه ، لو ارد على الاعان المانية  
أو مسح ، سقط الالتزام متى كان مقرراً عليه ، لا بد من تسليم البذل لدى  
وحد العقد ، وإن كان قد سدد مستقر ، ود استعد ، رده ، يحكم به صان ،

وهذه النصوص على أن التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام  
الفقه العربي ، والحكم أكثر برعايا الفقه العربي ، فقد وسعت من نظرية  
المسح وجعلها القاعدة ، بعد أن كانت استثناء في الفقه الإسلامي ، وأقامت  
نظرية المسح على فكرة الارتباط ما بين الالتزام بين المتصلين ، وفكرة  
لارتباط هذه بأماها الفقه الإسلامي على الأقل فيما يتعلق بالمسح ، وإن  
كان قد قسمها فيما يتعلق بالمسح بعدة تفرع ، العقد على ما سي

## المبحث الثاني

في يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد

### في الفقه الإسلامي

المرجع ، مقرر منه الفقه أوسع طائفا من الفقه في الفقه الإسلامي :

الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من المسح كما  
من الفقه ، ويمكن أن تستحدث من تنبؤاته أهمية خاصة منه أكثر  
شبه لا من نظرية المسح .

فستعرض أولاً تطبيقات محلقة لهذا المدفع ، ثم نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة <sup>(١)</sup> .

## المطلب الأول

تطبيقات المدفع عدم تمييز العقد في الفقه الإسلامي

مفرد منقسم:

ستعرض تطبيقات المدفع عدم تمييز العقد في العقود الآتية . عقد بيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة ، وعقد الزواج .

## ١ - عقد البيع

المشتري يدفع الثمن أولاً ثم يتسلمه المبيع

إذا كان البيع بيعاً سلفاً مقدماً — وهذا هو البيع المعروف في الفقه العربي — فإنه يثبت على المشتري أن يدفع ثمنه أولاً ، ما عدا أن يشترط مؤجلاً على المشتري .

أما إذا كان البيع مفعلاً ( بيع سلفاً بمؤجل ) أو صرفاً ( بيع ففود بمؤجل ) فإن المبيع وثمنه يسلم معاً في وقت واحد .

مبني اجابائع للمبيع متى يستوفى الثمن :

فإذا كان الثمن حالاً ، سبب . في البيع أو فقه بصفة أو صرف . فان سائغ

(١) انظر في هذا الموضوع في بعضه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الشافعي في الامتياز المشروع من الوفاء — بحث موازن — القاهرة سنة ١٩٤٥ .

حق حسن المبيع لاستيفاء جميع اثره ولا يسقط حق البائع بإعطاء المشتري له رهناً أو كفيلاً ولا بإثباته من بعض اثره . بل له حصة في استيفاء اثره بنهاية<sup>(١)</sup>

أما إذا لم يكن اثره حالاً . فإن كان مؤجلاً عند البيع أو رضى البائع بتأجيله عند البيع . فلا حق للبائع في حسن المبيع . بل يلزم تسليمه إلى المشتري . ولا يطالبه بأثره إلا عند حلول الآخر .

لذلك إذا سلم البائع المبيع قبل قصر اثره . فقد أسقط حق حصة . فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع .

وإذا استوفى البائع اثره ولو من طريق الخوالة . فإن أحال البائع أحداً على المشتري بأثره أو أحال المشتري البائع بأثره على مدين له . وقيل المشتري أو البائع الخوالة . سقط حق البائع في حسن المبيع . إذ يعتبر استوفياً للثمن .

وحق لئان في حسن المبيع بغيره حق امبار به على المبيع بغيره

(١) وقد قرر حسن المبيع . أي حاب الحصة . المالكه . وهو الخيار عند الحاصلة . وإن كان المشهور في مذهب أحمد عند أصحابه أن البائع لا يملك الحصة ( اعلام الموقعين ) ص ٢٧ - الشرح الكبير ٤ ص ١١٢ - أين جرى ص ٢٢٩ .

وفي قول في مذهب الشافعي يذبح حق حسن المبيع كما عند الحنفية . وفي قول آخر يجبر البائع على الإهداء بالسليم برضاء بطله المشتري ولاستقرار ملكه . وإن ملك المشتري للمبيع غير مسقر فعلى البائع تسليمه حتى يسفر ( الشرح الكبير ٤ ص ١١٢ - ص ١١٤ ) .

وفي قول ثالث يجبران لو حوّل السلم عليهما ( الوجيز للمزالي ١ ص ١٤٦ - الهدية على المهاج ٢ ص ١٥٩ - استدائع ٥ ص ٢٤٩ - المسوط ١٢ ص ١٩٢ . ويوجد إجماع في مذهب الشافعي على أن يذبح حق حسن المبيع عند خوف فواته عليه ( المهاج ٤ ص ٢٦ ) . وللشافعي أن يشترط وهي المبيعة عنده حتى يسوّى الثمن ( اعلام الموقعين ٤ ص ٢٨ ) .

وعند الإجماعية جاء في مباح الكرامة كتاب المناخر ( ص ٧١٩ - ص ٧٢٠ ) « والإطلاق بنفسه تسليم الثمن والمثمن . فإن أصابا أحبراً . وعبر أحدهما لو أبيع . سواء كان الثمن عتاً أو ربوا . فاما إذا لم يبدل البائع المبيع وأراد حصة خوفاً من غدر يحصل اثمن . فله ذلك بلا خوف . وكذا للمصري حسن اثمن خوفاً من غدر يحصل المبيع » .

على سائر عرماء المشتري . فإذا مات المشتري مطلقاً قبل قبض المبيع ودفع الثمن<sup>(١)</sup> ، للبائع أحق بحسنه كما قدمت إلى أن يستوفى الثمن من تركه المشتري أو يبيعه القاضى . وبودى للبائع حقه من ثمنه ، فإن راد الثمن على حق البائع يدفع ارثه لباقي العرماء ، وإن نقص ولم يوف حق البائع نهبه كان أسوة العرماء فيما يولى له .

### مبيع المشتري للمؤمن

وإذا كان البيع مقايضة أو صرفاً فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد ، فالظاهر أن للمشتري حسن الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع لكن إذا قبض المشتري المبيع وكان الثمن حالاً ، يجر له أن يحبس الثمن إلا إذا استحق المبيع في بدء السنة وفتح البيع قبل أداء الثمن وإذا استحق المبيع حتى قبل فسخه من المشتري ، كان يشترى أن يحبس الثمن . بل يولى له في هذه الحالة حق الفسخ واسم داؤه الثمن إذا كان قد دفعه للبائع .

### ٢ - عقد الإيجار

#### المستأجر يدفع الأجرة أو يدفع فسخ المبيع المؤجرة

وفي عقد الإيجار يرتب الفقه الإسلامي لأرباب المير المتقابلين من حيث المبادأة في التعبد ، أن يجتمع المستأجر بدأ دفع الأجرة إذا كانت معجلة . ثم على المؤجر بعد فسخ الأجرة أن يسد مستأجر العين المؤجرة .

(١) أما إذا قبض المشتري المبيع وأغلى ، ففي الذهب الحقيقى يكون البائع أسوة العرماء وليس له حق امتياز ، لأن المشتري قبض المبيع . وعند الشافعى والإمامين وأهل الظاهر للبائع استرداد سلطه بشرط أن يحمها بميتها كاملة . وعند الحنابلة للبائع أيضاً استرداد السلطة ، ويعطون ذلك لحسب البيع ( المعنى ) ص ١٥٩ ) .

على أن الأجرة لا تسد بمجرد العقد ، فلا يجب تسليمها به إلا إذا اشترط  
على المستأجر تعجيلها وكانت الأجرة محررة . وإذا كانت الأجرة مضافة  
إلى وقت مستقبل ، فلا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة ولو عجلت لا تملك  
وبحور استردادها . وإذا كانت الأجرة محررة ، حار اشتراط تعجيل  
الأجرة وتأجيلها ، فيسقطها إلى أقساط تؤدي في وقت معينة ، وإذا ما اشترط  
تعجيل الأجرة ولا تعجيلها في الأجرة لمحررة ، يجب الأجرة إلا بالتسليم  
العين المؤجرة . يستأجر واستأجره اذ هو فعلا أو تمسكه من استيفائها  
تسليمها له ولو لم يسو لها فإن قبض المستأجر يد المؤجرة فارعة عن منح  
المؤجر ، لزمته أجزائها ولو لم يسكنها .

ويختص بما قدمناه أن الأجرة لا يجب قبل تمام العين المؤجرة ، لا بد  
كانت الأجرة محررة واشترط قبض المؤجرة أو تعجيل أقساطها  
فقطاً (١) .

### « بعض المؤجر العين المؤجرة متى يستوفى الأجرة »

في شرطه تعجيل الأجرة في الأجرة محررة ، كان وجهه الأول  
هو العقد ، وفي أن يد المؤجر المستأجر من مؤجره . والمؤجر أن  
يحبس العين المؤجرة ويمنع عن تسليمها للمستأجر حتى يسو في الأجرة .  
وهذا عدا حقه في قسح الأجرة على المستأجر .

وهذه المستأجر العين متى يستوفى ما عكس من الظاهر عند موت المؤجر .  
وهناك حالة يحبس فيها المستأجر العين عن إرد ، ذلك أنه إذا  
مات المؤجر فانقضت عقد الإيجار ، وكان المستأجر قد عجز الأجرة  
لمدة لم يستوف المدة فيها ، فله حبس العين المؤجرة في حين استرداد

(١) انظر في مصادر دفع الأجرة : ابتداع ٤ ص ٢٠١ - ٢٠٢ - انظر ص ١٨ -

ص ١٠٩ - بداية الجهد ٢ ص ٨١٨ - المجلة ٢ ص ٢٧٢ .



ما عجله من أن يستأجر في هذه الحقة حقاً مقبلاً على العين المؤجرة بما وجب له استردادها من الأجرة المعجزة ، فوعدت المؤجر مديوناً وليس له ما يسد به دينه غير العين المؤجرة ، بعدت العين والمستأجر أحق ثمنها من سائر العرماة إن كانت العين في يده ، فاستوفى حقه من ثمنها وما أراد ليعرماه ، وإن نقص المستأجر شيء ، عجله كان في المأخر أسوة العرماة .

ويلاحظ هنا أن حق الحارس ثبث للمستأجر بعد انقضاء العقد بموت المؤجر ، وقد استحق المستأجر استرداد المأخر من الأجرة بموجب قاعدة دفع ما لا يجب لا بموجب العقد .

### امتناع المصير عن العمل متى يستوفى أجره

والأجير الحارس يستحق أجره بنسب نفسه بخدمته وتمككه منها ، سواء حرم أو لم يحرم ، على أنه يجوز اشتراكه مع غيره في أن يسمى الأجير نفسه بغيره ، يجوز في هذه الحالة الأجير أن يبيع من يعمل — أي أن يبيع نفسه أو عمله — متى أن يستوفى حقه بشرط تعجيله (١) ، وهذا على حقة في فسخ الإجارة فيها .

### ممن المصير المشترك العين المفقود عليها متى يستوفى أجره

ويجوز أن يكون الأجير مشتركاً كالأجير في مال ، فمن كان لعمله أثر في عين كاختصاصه حارسها وعدم استعمالها لمستأجر حتى يسمى في أجرته إن كانت الأجرة حارة ، فإن بقيت عنده فلا ضمان عنه ولا أجر له ، وإن كانت مؤجرة ، فليس له حبسها ، فنقلت فعليه قيمتها .

ومن ليس لعمله أثر كالحارس ليس له حبس العين للأجرة ، فإن حبسها

(١) انظر في امتناع الأجير انقضاء من يعمل حتى يستوفى أجره « المذائع ١ ص ٢٥٥ .

وتلفت حين قيمتها ، وصاحبها الخيارات شاء صممه قيمتها محمولة وعليه له الأجر ، وإن شاء صممه غير محمولة ولا أجر عليه<sup>(١)</sup> .

### § ٣ — عقد الوكالة وعقد الزواج

مبني التوكيل بالانتماء المبيع عن الموكل متى يستوفي الثمن .

وإذا دفع الوكيل بالثراء ثم المبيع من مال نفسه للبائع . فله الرجوع به على موكله ، وله حسن المبيع عن التوكيل لاستيفاء الثمن وإن لم يكن دفعه للبائع .

مبني الزوجية نفسها عن زوجها متى تستوفي المهر :

وقد جرى حق الحبس في الفقه الإسلامي حتى في غير عقود المعارضات المالية . في عقد الزواج ، وهو يتطوى على مسألة البضع بالمهر إحاطة الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها ، فأحاط لها حسن نفسها عن زوجها حتى تستوفي المهر من المهر . فلزوجة إذن قبل الدخول أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تحمله من المهر ، ويثبت لها هذا الحق حتى لو كانت قد امتنعت إلى بت زوجها . ذلك أن الزواج عقد معارضة ، فيقتضي المساواة من الجاديين ، والمرأة عانت حق الزوج ويجب أن يعين الزوجة حقها ، وإنما يتعين التسليم ( المذبح ٢ ص ٢٨٨ )

(١) انظر في حسن الأجر المشترك بين الذي يملكه فيها أثر حتى يستوفى أجره :

المدائع ٢ ص ٢٠٤ - انريش ٥ ص ١١١ - الفقه ٢ ص ٤٨٢ - ٤٨٣ .

والأكثر لا يقولون بوجوب أن يكون عمل الآخر أثر في الثمن . جاء في المدونة : « أقلت أرايت العياطين والفصاريين والحزازيين والصواعين وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالآخرة ، أرايت أن يجسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم . قال وكنت في النفس هم أحيى بما في أيديهم وكذلك في الموت هم أحيى بما في أيديهم إذا مات الذي استعمل عندهم وعلمه دين . قلت أرايت أن استأجروا حملاً يحمل لبني الطعام أو مناعاً أو غرضاً من الغرض التي موضع من المواضع بأجر معلوم على نفسه أو على ناسه أو على أمه أو على سفيته ، فحمل ذلك حتى إذا بلغ الموضع الذي اشترطت عليه معنى مائة أو ثمانين حتى يقضى حقه ؟ قال ، قال مالك ذلك له ، وإن فليس رب المانع كان ههنا العمل أو الكرى أحيى بما في يديه من الثمن حتى يسوفي =

وحق الرأه في حبس نفسها حتى تستوى المعجل من المهر بقضئ  
الا بآثره عما كانت لله به روحها روحاً فلا يكبر للروح معها من  
السفر أو الخروج من مريمه أو زيارة أهلها قبل إتمام شهر<sup>(١)</sup> .

ولا يجمع حبس المأه نفسها عن روحها حتى تستوى المهر من وجوب  
الفقة لها على روحها . حتى في مدة الحبس ( اربعين ٣ ص ٥٠ - ص ٥٢ ) .

## المطلب الثاني

### استخلاص نظرية عامة من الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي

#### عناصر هذه النظرية :

ويمكن أن نستخلص من التطبيقات المقدمة عناصر نظرية عامة للدفع  
بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي ، باعتبار صورة حصه من صور الحق  
في الحبس ، فقتصر على بحث الدفع وحده دون أن نذكر القول في  
الحق في الحبس .

== حقه « ( المرويه الكبرى ٢ ص ١١٢ ) تحت عنوان النساء في الإجارة » .

على أن الحبس فيه أنفسهم خففوا من حده هذا المسمى الثاني ، فقالوا ليس المراد بالآثر  
مما يملوكة لمعامل كاستاء وانعراء وغيرها ، بل مجرد ما يعاب ويرى . وعلى هذا فمائل  
التوب لبعثه وتكرار العتق والتعطيل لهم حتى المضي حتى يسوفوا الإجره ( الاستاذ  
سليم بار في تعليقه على المادة ٤٨٢ من المحقة .

(١) « لان حق الحبس إنما يثبت لاستاء المسحوق ، فإذا لم يجب عليها تسليم النفس  
قبل انعاء المهر لم يثبت لزوج حق الاستيلاء ، فلا يثبت حق الحبس . وإذا وافاها المهر فله  
أن يمسها من ذلك كله ، إلا من سفر الحج . . وله أن يدخل بها ، لأنه إذا أوفاهها حقها يثبت  
له حق الحبس لاستاء العقود عليه . فإن أعطاه المهر إلا درهمها واحداً ، فلها أن تمنع نفسها  
وأن تخرج من مفرها حتى يقضى ، لان حق الحبس لا يتجرأ » ( البدائع ٢ ص ٢٩٨ ) .

ويمكن إيراد عناصر هذه النظرية على الوجه الآتي. (١) شروط الدفع  
 بعدم نفي العقد. (٢) الأثر الذي يترتب على هذا الدفع. (٣) الأساس  
 الذي يقوم عليه هذا الدفع.

وبعد ذلك نعالج عليه التقدير المبدئي العراقي في هذا الموضوع

### شروط الدفع بعدم نفي العقد :

يمكن القول من هذا شرطين للدفع بعدم نفي العقد .

١ - يجب أن يكون هناك عجز مبرر من أحد أطراف العقد ، في هذا  
 الدفع من المبرر ، هو عدم الارتباط بين الالتزامات المتبادلة ، ويكون هذا أحد  
 الألبابين المتعارفين من شروط صحة الالتزامات ، فمجرد إرادة إحداهما  
 ومما يشبه من ارتباط على أي مبرر للدفع بعدم نفي العقد ، سواءً التطبيقات  
 المتشعبة في الحق في الحبس في "عقود الإسلاحي" ونطاق الحق في الحبس أو بيع  
 الكثير من نطاق الدفع بعدم نفي العقد " .

(١) فهي الأمثلة على حق الحبس في غير العقود (١١) من بر كمد الآتي به حسن ، وله  
 أن يحبس المعتد حتى يسوقه ، ويرد على ٢ ص ٢٠٨ - ص ٢٠٩ - ابتداءً ٦ ص ٢٠٢  
 ص ٢٠٤ . وحتى استند في حبس أسيرة بما يقع عليها ، ويرد على ٣ ص ٢٠٦ - (ب) به  
 أنهم أمكث المبرد أي لا نفس له ، وراى حد الشركى سواءً وبيع الآخر ، وحسب  
 على العماره . فإن لم يعمر ، فإن انقضى شركته بالعماره ، لم يبيع الآخر من ربحه  
 حتى يودي ما يخص حصته من الموقوفات ( م ٨٥١ مرسد الجرائد ) . وإذا أهدم السقف  
 أو أحتاج إلى ترميم ، فعلى صاحبه سواءً و يرممه . فإن لم يبيع وتغير صاحب البيت بآذنه  
 أو بإذن القاضي ، فله الرجوع عليه بما أنفق على إعمارته بالمقدار الموقوف . ولصاحب العود  
 أن يبيع صاحب السقف من الإنفاق حتى يوفيه حقه . وإذا أهدم حائط مسكة بين جدران  
 وكاتب عليه جموله بها كتبر أو رؤوس جذوع ، وعمر أهدم عند امتداد الآخر ، فله بيع  
 شريكه من وضع خمونه على ذلك الحائط حتى يؤديه نصفه م صرفه م ١٣١٦ المجلد ) .  
 ( ج ) إذا نسي انقاصه على الأرض المقصوده به أو عرس عرسه ، وكان انقلع أو أهدم مبرراً  
 فالأرض ، فصاحب الأرض أن يعطي ثمنه (البه) أو الثمن من مستحق البيع وسلكه جراً على  
 انقاصه ، ولصاحب حصص الأرض حتى يسوق حقه . وبو عيب انقاصه المقصود وضمن  
 فيه ، فإن ظهر بعد ذلك وأحده المالك ، فانقاصه حقه حتى يسترد القيمة التي دفعها  
 ( الزيلعي ٥ ص ٢٢١ ) .

٢ - يجب أن يكون الالتزام المحسوس أو الذي يقف المدين تنفيذه حتى يستوفى الالتزام المقابل التزاماً يتأخر تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل . وقد رأينا ترتيب تنفيذ الالتزامات المتعاقبة في العقود المختلفة ، ففي البيع مثلاً يبدأ المشتري بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين المبيعة ، فالذي يقف تنفيذه من الالتزامات هو التزام البائع بتسليم المبيع ، فيحسبه حتى يستوفى الثمن ، وليس العكس . وكذلك الأجرة لا تستحق إلا إذا تمكن المستأجر من إستيفاء المنفعة ، فلا يجوز للمؤجر حبس العين إلى حين إستيفاء الأجرة إلا إذا كانت الأجرة معجلة . أما إذا كان الالتزامان المتقابلان واجبي التنفيذ في وقت واحد ، لم يبق إلا أن يودع كل من المتعاقدين التزامه في يد عدل ، ويسلم العدل كلاهما حقه في نفس الوقت الذي يسلم فيه الحق المتعاقد الآخر .

### الالتزام الذي يترتب على الدفع عدم تنفيذ العقد :

ويترتب على الدفع عدم تنفيذ العقد أن يوقف تنفيذه دون أن يفسخ أو ينحل . فالعقد لا يزال قائماً واجب لتعاضد ، وإنما أصبح لأحد المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه - لا التحمل منه - حتى يستوفى حقه في دمة التعاقد الآخر .

وفي العقود الزمنية كالإيجار ، ما وقف تنفيذه من مدة مدقصة من العقد لأن هذه هي طبيعة العقود الزمنية ، الركن معقود عناه وبها وما مضى من الركن لا يعود .

وسقط الدفع بعدم بعبء العقد : (١) تنفيذ المتعاقد لآخر لالتزامه ، فلو حبس البائع المبيع حتى يستوفى الثمن ، سقط حقه في الحس إذا وفي المشتري الثمن . ويجب أن يوفي المشتري كل الثمن ، فهو يبق منه درهم لم يسقط حق الحس ، لأن هذا لا يتجزأ . (٢) ما نزل عن الدفع صراحة أو ضمناً .

وإذا أعطى البائع المشتري أجلاً في دفع ثمنه ، كان منه رويلاً صحيحاً عن حقه في حسن المبيع حتى يسوفي ثمنه . فهو أن المشتري لم يخصص المبيع حتى حل أجل دفع ثمنه ، فليس للبائع حسن المبيع . لأنه أسقط هذا الحق بأجل الثمن ، وأسقط لا يعود . كذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أحر البائع الثمن بعد العقد إلى أجل . فليس له حق حسن المبيع ولو كان لم يسلم إلى أن حل أجل دفع الثمن (٣) فانقضاء الالتزام بمقابل لأى سبب ، فليس للبائع حسن المبيع إذا أحال أحداً ثمنه على المشتري . أو أحال المشتري البائع على مدين المشتري .

### الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بعدم تغيير العقد

يمكن القول أن أساس الالتزام بعدم تغيير العقد في عقد المعاوضة هو الأساس الذي هو عليه الدفع بعدم تغيير العقد في العقد الإسلامي . فقد كان هو الارتباط على الاعتبار . وإن عليه أن ينفذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقت تغييره إلا أن المعلن . وهذا بخلاف الفسخ فلم يعتبر فيه الارتباط ، لأن الفسخ هو حل العقد لا مجرد وقف له . فهو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ . وإذا أضح الارتباط الأقل فلا يتعين أن يبيح الأكثر .

على أن الارتباط هنا يجب أن يفهم في ضوء فكرة عامة في الفقه الإسلامي تتعلق بعقود المعاوضة . وهذه الفكرة هي أن المساواة في هذه العقود هي مقصود المتعاقدين وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضي ألا يجبر أحدهما على تنفيذ ما عليه بينما الآخر يقر بتغير الالتزام المقابل ، وإلا كان في ذلك إحلال المساواة المقصودة . وفي هذا القول صاحب الدائع ، ولأن المعايير مبني على المساواة هذه وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم سبب الثمن ، ولأن المبيع متعين قبل تسليمه ، والثمن لا يبيع إلا بالتسليم ، فلا بد من تسليمه أولاً لتحقيق المساواة (لدائع ص ٢٤٩) .

ويقول أيضاً . « إن المعاوضة المطلقة إذا لم تثبت امتك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر ، ولو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة ، لأنه لا يقابله عوض ، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطبوع العادين ولا مساره إذا لم تثبت الملك في أحد العوضين ، ( البدائع ٤ ص ٢٠١ ) .

### التفريق المبرنى العرفي في الرفع بمرم تنعيب العقد

وتدقق النفس لدى امرأتي قاعدة ادفع بعدم تنعيب العقد في الفقه الإسلامي في نص واحد ، حمله من العموم والشمول بحيث يوسع من القاعدة على النحو الذي رجحناه في 'فقه العرفي' . فصحت المادة ٢٨٠ من هذا القانون على ما يأتي : ١ - « منع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن المثل ، وللعام أن يحبس الشيء الذي يضمن فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعممه أثر في هذا الشيء أو لم يكن ، وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون ٢٠ - وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المأمور به وهو في يده حتى يقص البذل المستحق . »

وبلاحظ أن لثمة بين المدعى امرأتي جمع الدفع بعدم تنعيب العقد فرعاً عن الحق في الحبس وأدح النص في هذا المسكان .

## الفصل الثاني

### الإقالة

..

## الفرع الأول

### الإقالة

في الفقه العربي

كيف يتم الإقالة من العقد والاثار التي يترتب عليها :

الإقالة في الفقه العربي لا تشمل الإمكان صيفاً محدوداً ، ولا تكاد تذكر إلا عند الإشارة إلى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات يحصص لجميع القواعد العامة في الاتفاقات والعقود . ومن ثم سيكون بحثها في الفقه العربي موجزاً ، فتكلم في أمرين : ( ١ ) كيف تتم الإقالة . ( ٢ ) الأثر الذي يترتب عليها .

### المبحث الأول

#### كيف تتم الإقالة

تتم الإقالة من العقد بإيجاب وقبول :

كما يشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إيجابه ، كذلك يزول إقالة بإيجاب وقبول متطابقين على العاقبة . فالعقد يتفق بشيء ، أما الإقالة



فهى اتفاق بقصيه . والإيجاب والقبول قد يكونان صريحين أو ضمنيين ، كما هو الأمر في إنشاء العقد الاصلى .

وإذا كان العقد الذى حصلت الإقالة منه عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمى ، لم تتم الإقالة إلا بنفس الشكل الذى أنشأ العقد ، فلا بد إذن من ورقة رسمية للإقالة من الهبة والرهن الرسمى .

والغرض على إقالة يوجد تلاقى الإيجاب والقبول متطابقين ، ويصح إذا صدر من دى أهلية خالياً من عيوب الإرادة وهى العلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

والإقالة محلها إلغاء الاتراعات التى نشأت من العقد ، قبل منه . وسببها هو الباعث الذى دفع المتقايين إلى هذا الإلغاء .

### كيف تتم الإقالة بإرادة منفردة :

وقد تتم الإقالة بإرادة منفردة تصدر من أحد العاقدين ، ولكن يجب أن يكون متفقاً بين العاقدين من قبل على حوار الإقالة هذه الإرادة المنفردة . فالإرادة المنفردة التى تتم بها الإقالة هى إرادة منفردة متفق عليها بإرادتين مطابقتين سابقتين ، فلا بد إذن من الاتفاق فى الإقالة ، إما عند الإقالة ذاتها وإما فى وقت سابق عليها . مثل ذلك ما يتفق عليه عادة فى عقود الإيجار من أن لكل من المتعاقدين الحق فى إلغاء عقد الإيجار بإعلان يرسله إلى المتعاقد الآخر قبل الإلغاء بمدة معينة . فهنا عقد الإيجار يحور بإلغاء بإرادة أحد العاقدين عن طريق إعلان هذه الإرادة للمتعاقد الآخر فى مدة معينة ، ولكن الإقالة على هذا الوجه متفق عليها فى عقد الإيجار بين المتعاقدين . ويستوى فى ذلك أن تكون مدة الإيجار مذكورة فى عقد الإيجار حداً أقصى كما لو اتفق على أن تكون المدة تسع سنوات ، ولكن يحور إلغاء العقد قبل ذلك بإعلان أحد الطرفين الآخر فى مدة معينة ، أو يكون المذكور من المدة هو الحد الأدنى

كما لو اشق على أن تكون مدة الإبحار سنة تمتد في سنوات متوالية حتى يعلن أحد الطرفين الآخر في مدة معينة بإلغاء الإبحار ، أو ألا تكون المدة المذكورة أصلاً كما لو اشق على الإبحار دون تحديد مدة ما على أن يلقى العقد بإعلان أحد الطرفين الآخر في مدة معينة ويلاحظ أن هذه المدة المعينة تكون في هذه الحالة هي الحد الأدنى للإبحار ، وكما تقع الإقالة على هذا الوجه في عقد الإبحار ، تقع أيضاً في عقد العمل وفي عقد التأمين وفي عقد الشركة وفي غير ذلك من العقود .

### الرجوع في الهبة :

ويقرب من الإقالة الرجوع في الهبة فإنه يجوز أن يرجع في الهبة إذا فسد الموهوب له ذلك . فإن ثبت الرجوع بالهبة ، فهذه رقة من الهبة ، وحيث أن الهبة رقة رسمية كما في ربة الهبة ، لإبداء كات قد تمت بالقبض في المقبول فذلك المقصود .

على أن الرجوع في الهبة قد يتم بغير لاقية ذلك أنه إذا لم يقبل الموهوب له الاقالة جاز أن يذهب أن يذهب من القصد الرجوع في الرجوع حتى كالمستحيل إلى غير مقبول ولا يوجد منه من الرجوع ، ويعبر عنه بغيراً مقولاً لا يرجع في الهبة أن يحل الموهوب له بما يذهب عنه لو هب بحيث يكون هباً للاحلال حصراً كبيراً من جانه ، أو أن يصبح الواهب عاجراً عن أن يوفر له أصل المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو غير ذلك على أن يوفاه بما يرضه عليه القبول من الهبة على الغير ، أو أن يرد في الواهب بعد الهبة وبدأ يضل حياً إلى وقت الرجوع أو يكون له هب ولقد يرضه مباداً وقت الهبة وبدا به حتى . أما مواعيد الرجوع من الهبة معروفة في الفقه الإسلامي .

## المبحث الثاني

### الأثر الذي يترتب على الإقالة

#### المحلل المقتد :

يترتب على الإقالة انحلال العقد ، فبمضي بالإقالة الالتزامات التي أنشأها العقد سواء كانت هذه الالتزامات لم تبدأ تنفيذه وروى دون أن تبدأ أو رأيت له و يكتمه يتم وول أيضاً وون يتم تنفيذه أما إذا كانت لا ، اعات قد تم تنفيذه ، ولا يراد الرجوع فيها أثر رجعي ، ولا يحل للإقالة من العقد لأن العقد ذاته تكون قد انقضى

#### ليس الموقوف في الأصل أثر رجعي .

والإقالة في الأصل ليس لها أثر رجعي ، فمحل العقد ، اتفاق نال له هو الإقالة ، وسمعه من العقد لا يرجع فيه عروق الاستناد ، ويترتب على ذلك التامح لأية في العقود الدالة لمملكة .

١ - إذا تقارن المتعاقدان من عقد وقر ملكية كاسع . وملكه انى انتقلت لمشتري الأصل لا وون أثر رجعي ، ولكنها تعودى لناع عقد جديد هو الإقالة . وتعود مفعة ، حقوق العبيد انى أنشأها المشتري على المبيع كره أو ارتفاق ، أو لى تكون قد شئت من حبه كفى اعيب أو حق اختصاص .

٢ - ومن ثم يجب تسحب الإقالة حتى تعود ملكية إلى بائع ، وفيه التسجيل مع الملكية لمشتري ولا يجوز للدفع أن يصرف فيها .

٣ - ويجب دفع رسوم جديدة عن عودة الملكية من جديد إلى البائع ، تعادل رسوم التي دفعت عند تسجيل البيع الأصلي .

٤ - ولا يسقط حق الشفع في الشفعة بسبب البيع الذي تقابل منه المتعاقدان ، بل ثبت للشفع حق جديد في الشفعة بالإقالة إذا كان قد فاته الأخذ بالشفعة في البيع الأصلي .

### فم يكونه لعقالة أثر رجعي :

على أن المتقابلين قد يتفقان عند الإقالة على أن يكون لها أثر رجعي ، فإذا تنعده من الالتزامات أو تم يرجع فيه ويعتبر العقد الأصلي كان لم يكن ، وهنا تقترب الإقالة من الفسخ الاتفاقي .

ولكن الأثر الرجعي المنفق عليه للإقالة ترد عليه القيود الآتية :

١ - بالنسبة إلى التسجيل والحراة ، لازال الإقالة ذات الأثر الرجعي تعتبر عقداً جديداً ، وماقررتاه من وجوب تسجيلها ودفع رسوم جديدة عند التسجيل ينطبق هنا كما انطبق هناك .

٢ - بالنسبة إلى العير ، لا يضار هؤلاء بالأثر الرجعي . فإذا كان المشتري قبل التقابل قدرت حقاً عينا على العير المبيعة أو ترتب من جهة هذا الحق المعنى ، كره أو ارتفاق أو امتياز أو اختصاص ، فإن الأثر الرجعي للإقالة لا يمس حقوق العير ، وتعود العين إلى البائع مثقلة بهذه الحقوق .

٣ - بالنسبة إلى الدائنين ، لا يضارون هم أيضاً بالأثر الرجعي إذا وقعت الإقالة من المدين عشا إصراراً محققهم . فيجوز للدائنين في هذه الحالة الطعن في الإقالة بالندوى البولصية ، بل إنهم يستطيعون هذا الطعن ولو لم تكن للإقالة أثر رجعي ، ذلك إن لإقالة قد تنصر حقوق الدائنين ولو لم يكن لها أثر رجعي .

٤ - بالنسبة إلى العقود الزمنية كالإيجار ، لا يمس الأثر الرجعي ما تم تنفيذه من هذه العقود حتى فيما بين المتقابلين . فطبيعة العقد الزمني أن ما تم تنفيذه منه لا يمكن الرجوع فيه ، إدار من معقود عليه وما مضى من الزمن لا يعود . وفي هذا تستوى الإقالة والفسخ ، فقد قدمنا أن الفسخ ليس له أثر رجعي في العقود الزمنية .

# الفرع الثانى

## الإقالة

في لفقه الإسلامى

خطه البحث :

نقص لفقه الإسلامى فى الإقالة أكثر من بعض لفقه مر فى كما سبق القول . وسجرت فى تحت الإقالة فى لفقه الإسلامى على اخطه اتى جرد عليها فى لفقه مر فى فبحث . ( أولا ) كف مر لإقالة . ( ثلثا ) الأثر الذى مر فى على الإقالة ( ثلثا ) ومنتهى مدمورته من لفقه الإسلامى ولفقه الغربى فى الإقالة .

ملحظ الأول

## كيف تتم الإقالة

نعمقد بدفالة الإيجاب وقبول .

ال إقالة فى لفقه الإسلامى الإيجاب من أحد لفقهين والقبول من الآخر . وذلأ حد الإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر لمعط بدل عليه فعدم الك . للاحلاف فى أن إقالة نعتقد لمعطيين يعبر بهما عن الماضى . وكذلك نعتقد لمعطيين يعبر بأحدهما عن الماضى والآخر عن المستقبل كما فى الرواج ويخالف لبيع عند بثانته لا عند التقابل مه . وذلك عند أبى حنيفة وأبى سب . أما عند محمد فلا نعتقد الإقالة إلا لمعطيين يعبر بهما عن الماضى كما فى بيع عن بثانته . ووجه قوله — كما جاء فى البدائع ٥ ص ٣٠٦ — أن

ركى الإقالة هو الإيجاب والقبول كركى البيع . ثم ركن البيع لا ينفك . لا ينفك  
يعبر بها عن المناقضة ، فكذلك ركن الإقالة . ولها فارق بين الإقالة وبين البيع  
وهو أن لفظة الاستيفاء ليست في الإقالة حقيقة ، والمسامحة في البيع معاد فمكات  
اللفظة محمولة على حقيقةهما ثم يقع إيجاباً ، بخلاف الإقالة لأن هذا لا يمكن  
حسب لفظة على حقيقةها لأن المسامحة فيها ليست بمعتادة فتعمل على الإيجاب  
ولقد حملناها على الإيجاب في الكاح ، كما هو هذا .

### شروط صحة الإقالة :

#### وشروط صحة الإقالة :

١ - رضا المتقايين أى خبر تراعى من الإكراه ، لأن الإكراه  
يفسد العقود .

٢ - المحسن ، لأن من العقد موقوف في الإقالة فيشترط لها المحسن كما  
يشترط للعقد .

٣ - تقاض بدلى صرف في الإقالة من صرف .

٤ - أن يكون المبيع محل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بحبار الشرط  
والزوجة والعيب عند أى خيفه وغيره ، فإن لم يكن بأن رداده زيادة تمتع الفسخ  
بهذه الأسباب لا يصح الإقالة عدماً . وعند أى يوسف هذا ليس بشرط .

٥ - قيام المبيع وقت الإقالة ، وإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح .  
فأما قيام النش وقت الإقالة فليس بشرط . ووجه الفرق أن بقالة البيع رفعه  
فكان قيامها بالبيع ، وقيام البيع بالمبيع لا بأش لأنه هو المقفود عليه على معنى  
أن العقد ورد عليه لا على النش ، لأنه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا النش  
لأنه لا يحتمل التعبير وإن عين لأنه اسم لما في الدمة فلا يتصور إيراد العقد  
عليه . وإن قيام البيع بالمبيع لا بأش ، فإذا هلك لم يبق محل حكم البيع

فلا يسبق حكمه ، فلا تصور الإقالة التي هي رفع حكم "سح في الحقيقة" ، وإذا  
هناك اثني فصل حجم السح فتم . فصح الإقالة . وكذا إن كان المبيع قد تم وقت  
الإقالة ثم هناك من الرد عن "السح" . بعدت لإقامة . كان ثمن أو ثمن أو هاتكا  
لأن الإقالة فيها مع السح . وهلاك المبيع بعد الإقالة قبل الفسخ كهلاكه  
بعد البيع قبل الفسخ . فإنه يجوز بطلان البيع فكذلك يجب إعلان الإقالة .  
ولو نديها عما يعين وبما يصح . ثم هسكت إحداهما في يد مشتركيها ثم تقابلا ،  
صحت الإقالة ، وعلى مشتركي الخلف رد مثله أو قيمته وبسقط الدين الساقية ،  
لأن المبيع إحداهما والآخر ثمن . فثبت أحدهما بين اهاتك ثمن وإقامته  
للمبيع ما فيه من صحيح العقد . أسرى في شرائط صحة الإقالة لدائع .  
ص ٢٠٨ - ص ٢١٠ .

### المجموع في الهبة :

والرجوع في الهبة ما تراعى في الفقه الإسلامي نوع من الأقالة ، كما هو  
الامر في فقه مصر . ل أن أحكام الرجوع في الهبة في مصر مأخوذة عن  
أحكام الفقه الإسلامي . وقد قن التعيين المصري هذه الأحكام من حيث جوار  
الرجوع في الهبة ما تراعى أو بحكم القاضى ، ومن حيث الموانع التي تمنع  
الرجوع في الهبة . أما العذر الموجب لفسخ الهبة بالمعاضى في انفس المدين  
المصري فنحود عن التقيى المدينى امرسى .

### المبحث الثانى

### الأثر الذى يترتب على الإقالة

#### انحلال العقد .

يترتب على الإقالة انحلال العقد ، فيرفع حكمه . ولذلك يجب أن يكون

العقد منعقد في حق الحكم حتى يرد عليه الإقالة . وإدام بمقد في حق الحكم  
 كأن هب لمسح قبل الإقالة أو بعد الإقالة وقبل الرد . فانه تصح لإقالة . لأنه  
 لم يبق محل حكم البيع فلا يبي حكمه فلا تصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع .  
 وقد تقدم بيان ذلك .

### التكييف القانوني للإقالة — ماهية الإقالة :

وقد اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة . فبعد أن حيفت الإقالة فصح في  
 حق المتقابلين . وسع حديث في حق الغير . وقال أبو يوسف إنها بيع جديد  
 في حق المتقابلين . وفي حق الغير . إلا أنها غير إعمالها به فتجعل فسخاً . وهذا  
 هو أيضاً مذهب مالك . وقال محمد هي فسخ في حق متقابلين وفي حق الغير  
 إلا أنها غير إعمالها به فتجعل به . وهذا هو أيضاً مذهب الشافعي ومذهب  
 أحمد . وقال فر هي فسخ في حق المتقابلين وفي حق الغير .

ويترتب على هذا الاختلاف في الرأي اختلاف الحكم في المسائل الآتية .  
 ١ - إذا قبل المتقابل ولم يسمه اش لا أول . أو سماه عدة على ثلث  
 الأول . أو قمصاً من اش لا أول . أو سماه حسب آخر سوى خسر الأول  
 فن أو كثر . أو أحلاً من الأول . فإقامة تكون على ثلث الأول عند أي  
 حيفت لأنها عدة فصح في حق المتقابلين . . . . . فصح رفع العقد . . . . . والتدقيق في  
 الأول فيمكن فسخه . ثلث الأول ضروره . . . . . نظر لسمعة زيادة والمقصود  
 والجس الآخر ولا حل . . . . . ونسب لإقالة صحبة لأنها لا تطل « شروط  
 الفاسدة . لأن شرطه ما يؤثر في البيع لأنه يمكن إقامته . . . . . والإقالة رفع البيع  
 فلا يتصور يمكن إقامته . وبعد أن يوسف . إذا الإقالة بيع فلا إعمالها  
 فتجعل فسخاً . . . . . إن كانت لإقالة بعد قصص المبيع عدة أو قبل قصص في  
 العقار فهو بيع . لأن مع المشتري لم يبع بعد قصصه مطلقاً ومن قصصه في العقار  
 يجوز . . . . . وتكون لإقالة متى الجديد لأنه م . . . . . إعمالها به . . . . . أما في القصص



في المقول فلا يجوز للمشتري التصرف فيه نذر إعمال الإقالة بيعاً فتجعل فسخاً على الثمن الأول وتبطل التسمية ، عند محمد — إذ الإقالة فسخ إلا إذا نذر فتجعل بيعاً — إن كانت الإقالة قبل القبض تعذر إعمالها بيعاً إذ لا يجوز عنده للمشتري بيع المبيع قبل قبضه في المقول والعقار على السواء فتجعل فسخاً وتبطل التسمية ، وإن كانت الإقالة بعد القبض لم تعذر إعمالها بيعاً فتجعل بيعاً وتجاوز التسمية فيما راد أو أجل أو في جنس آخر كثر أو قل ، ونجعل فسخاً عند عدم التسمية أو تسمية الثمن الأول أو القصد فيه فتكون على الثمن الأول ، وتطلى تسمية القصد لأن السكوت عن القصد لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الأول وهما يحمل فسخاً لا بيعاً فيها أولى . وعند زهر — إذ الإقالة فسخ دائماً — تبطل التسمية وتنع الإقالة على اسم الأول .

٢ — إذا كان المبيع داراً ولها شفع ففضى له بالشفعة ، ثم طلب منه المشتري أن يلم الشفعة بزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر ، كالتسمية باطلة عند أبي حنيفة ومحمد وزهر ، لأنه لما قضى للشفع بالشفعة فقد انقضت الصفقة ، له بالثمن الأول ، فالتسليم بالزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر يكون إقالة تعتبر فسخاً عندهم جميعاً فتكون على الثمن الأول وتبطل التسمية وعند أبي يوسف تصح التسمية ، لأن الإقالة عنده بيع ولا يتعذر إعمالها بيعاً .

٣ — لو تقابل المتبايعان البيع في المقول بعد القبض ثم إن البائع باعه من المشتري ثانياً قبل أن يترده من يده ، جاز البيع عند أبي حنيفة ومحمد وزهر ، لأن الإقالة عندهم فسخ ، لا بيع جديد فلا يقال إن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز . وعند أبي يوسف ، إذ الإقالة بيع ، لم يحز البيع الثاني ، لأنه يعتبر بيعاً للمقول قبل قبضه وهو لا يجوز .

٤ — لو باع البائع بعد التقابل مع المشتري المقول من غير المشتري ، لم يحز البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الإقالة في حق الغير عنده

أبى حنيفة بيع ، وعند أبى يوسف بيع مطلقاً ولم يتعذر إعمالها بيعاً ، فيكون البائع بعد أن اشترى المقول بالإقالة باعه قبل قبضه وهذا لا يجوز . وعند محمد وزفر الإقالة فسخ ، فلا يكون هذا بيع المقول قبل قبضه فيصح البيع . وإن كان المبيع عقاراً والمساألة بمالها ، جار البيع عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وزفر جميعاً . لأن بيع العقار قبل قبضه جائز عند الأولين ، ولأن الإقالة فسخ عند الآخرين .

٥ — إذا اشترى داراً ولها شمع فلم الشفعة ، ثم تبيل المنبايعان البيع ، أحد الشفعين بالشفعة عند التقابل عند أبى حنيفة لأن الإقالة بيع في حق الغير والشفع غير ، وعند أبى يوسف لأن الإقالة بيع مطلقاً ولم يتعذر إعمالها بيعاً ففعلت بيعاً . ولا بأحد الشفعين بالشفعة عند محمد وزفر ، لأن الإقالة عندهما فسخ .

٦ — لو اشترى شيئاً وقبضه قبل نقد الثمن ، ثم باعه من أجنبي ، ثم تقابل مع الأجنبي فعاد المبيع إلى المشتري . ثم إن باعه اشتراه بأقل مما باعه بالثمن الأول قبل النقد . جار عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن الإقالة عند أبى حنيفة بيع في حق الغير والبائع الأول هما غير . ومضى عند أبى يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما . فكان المشتري الأول اشتراه ثانياً من الأجنبي بموجب الإقالة ، ثم باعه من بائعه بأقل من الثمن الأول قبل النقد وذلك جائز . وأما على أصل محمد وزفر فلا يجوز . لأن الإقالة عندهما فسخ فكانت إعادة إلى قديم الملك ، ولا يجوز للمشتري لدى لم ينقد الثمن أن يبيع المبيع من البائع بأقل من الثمن الأول .

أنظر في كل ذلك البدائع ٥ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٨ - الفتاوى الهندية

### المبحث الثالث

## موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي

### في الإقالة

الموازنة من حيث انعقاد العقد وصحتها :

ويتبين مما تقدم أن الإقالة في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه العربي ،  
تتخذ بإيجاب وقبول جديدين ، فلا يستقل أحد المتعاقدين بالإقالة .

وبلاحظ أن أحكام الفقه الإسلامي في صحة الإقالة تختلف عن أحكام  
الفقه الغربي من حيث :

١ - عدم صحتها في الفقه الإسلامي إذا لم يكن المبيع بمحل الفسخ  
بسائر أسبابه .

٢ - ضرورة توافيق البدلين في الصرف في الفقه الإسلامي .

٣ - وبخاصة ضرورة قيام المبيع وقت الإقالة في الفقه الإسلامي .

الموازنة من حيث الأثر :

يحل العقد الأصلي بالإقالة في 'معتبر' .

ولكن القاعدة في الفقه العربي أن الإقالة ليس لها أثر رجعي ، ولا يكون  
لها هذا الأثر إلا باتفاق المتعاقدين ، ولا يمتد الأثر الرجعي حتى عند الاتفاق  
عليه إلى التسهيل وإلى العقود الزمنية وإلى العلاقة بالغير .

أما الفقه الإسلامي فيجعل الإقالة مستحقة تارة وطوراً يبعاً جديداً ، والفرق

بين الفسخ والبيع الجديد هو أن الفسخ رفع لحكم البيع الاصلى بأثر رجعى  
 فيعتبر البيع كأن لم يكن . أما فى البيع الجديد فبقى البيع الاصلى ، ثم يعود  
 المبيع إلى البائع بعقد جديد بحكم الإقالة ، فلا تكون الإقالة إذن أثر رجعى .  
 ولا يقتصر الفرق على هذا الاثر الرجعى وجوداً أو عدماً ، بل هناك أيضاً  
 فروق أخرى . ذلك أن الإقالة إذا اعتبرت بيعاً كان لهذا نتائج من نواح  
 مختلفة ، كعدمه جواز التصرف فى المبيع قبل القبض ، وجواز الخلاف فى الثمن  
 وفى الإقالة الصادرة من الشفيع ، وفى أحد الشفيع بالشفعة عند التقابل ،  
 وفى إعادة البيع من المشتري الاول للبايع بعد أن يتقابل مع المشتري الثانى .  
 ومن ذلك نرى أن الإقالة فى الفقه الإسلامى إذا اعتبرت فسحاً بأثر  
 رجعى لا يقتصر ذلك على العاقدين بل قد يمتداهما إلى الغير ، وإذا اعتبرت  
 بيعاً دون أثر رجعى لا يقتصر أثر ذلك على الغير بل قد يكون ألباقى العلاقة  
 فيما بين المتعاقدين .

### الشفيع لدى العراقي :

وقد وفق الشفيع لدى العراقي بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه  
 العراقى فى الإمامة .

هو قد سائر لفقه الإسلامى فى اشتراطه أن يكون المعقود عليه قائماً  
 وموجوداً فى بد العقد وقت الإقالة . وسأبره أيضاً - فى قول أبى حنيفة -  
 فى أن الإقالة فى حق العاقدين فسح وفى حق الغير عقد جديد

وفى ما عدا ذلك من الأحكام سائر المواعيد العامة ، وهى مأخوذة فى أغلبها  
 من الفقه العراقى .

وهذه هى نصوص الشفيع لدى العراقي فى هذه المسألة :

- م ١٨١ عراقي . للفقهاء أن يتقاربا العقد برصاصهما بعد انعقاده .
- م ١٨٢ عراقي . ١ - يلزم أن يكون العقود عليه قائماً وموجوداً في يد المعاقدين وقت الإقالة . ٢ - في البيع يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري . ولو كان بعض المبيع قد تلف صححت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن أما هلاكه فلا يكون مانعاً من صحة الإقالة .
- م ١٨٣ عراقي . الإقالة في حق العاقدين مفسحة ، وفي حق الغير عقده جديد .

# فهرس

## الفصل الثانى

### آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع

٣	المرع الأول - العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه
٣	المبحث الأول - ما يلزم العاقدين بالعقد فى العقد العربى
٣	المطلب الأول - تفسير العقد وتحديد نطاقه
٤	§ ١ - تفسير العقد
٥	حالات التفسير "ثلاث
٥	( ١ ) عبارة العقد واضحة
٦	( ب ) عبارة العقد غموض وأصح
١٠	( ج ) قيام شك فى التعرف على إرادة المتعاقدين
١٢	§ ٢ - تحديد نطاق العقد
١٢	العوامل التى يسترشدها القاضى فى تحديد نطاق العقد
١٢	طبيعة الالتزام
١٢	القوانين التكميلية والتفسيرية
١٣	العرف والشروط المألوفة
١٣	العدالة
١٤	المطلب الثانى - إزام المتعاقدين بتسديد العقد ( العقد شريعة المتعاقدين )
١٤	§ ١ - تسديد العقد فى جميع ما اشتمل عليه
١٨	§ ٢ - نظرية الحوادث الطارئة :
	( ١ ) التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة
٢٣	( ب ) نظرية الحوادث الطارئة فى التقنين المدنى المصرى
	وفى التفتيات المدنية العربية الأخرى

( ب )

٢٧	المبحث الثاني — ما يلزم الساقدين بالعقد في الفقه الإسلامي
٢٨	المطلب الأول — تفسير العقد وتحديد نطاقه
٢٩	§ ١ — تفسير العقد :
٢٩	المعبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة
	لا بالإرادة الباطنة
٣٢	فواعد في الفقه الإسلامي نوه أن المعبرة بالإرادة الباطنة
٣٣	ولكن الصحيح هو أن المعبرة بالإرادة الظاهرة
٣٦	فواعد كذا، أخرى في تفسير العقد في الفقه الإسلامي
٤١	يصرر الشك في مصلحة المدين في الفقه الإسلامي
٤٣	§ ٢ — تحديد نطاق العقد
٤٣	العوامل التي يترشد بها في تحديد نطاق العقد
٤٣	الحرف والعادة
٤٩	طبيعة الالتزام
٥١	المطلب الثاني — إلزام المتعاقدين بما اشتمل عليه العقد
٥٢	§ ١ — تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه .
٥٢	تقسيم العقود في الفقه الإسلامي
٥٤	( أ ) نقل الملك
٦٧	( ب ) نقل المنفعة
٨٠	( ج ) ترتيب الدين في الدمة
٨٥	( د ) الإلزام بعمل معين
٩٠	( هـ ) توثيق الديون
٩٥	§ ٢ — فسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة .
٩٦	( أ ) الأعداد في عقد الإيجار
٩٧	المذهب الحنفى في فسخ الإيجار بالعذر
١٠٣	المذاهب الثلاثة الأخرى في فسخ الإيجار بالعذر
١١٠	( ب ) الجوائح في بيع الثمار :
١١٢	حكم الجوائح في المذهب المالكي

١١٥	حكم الجوانح في المذهب الحنبلي
١١٩	الفرع الثاني - المسئولية العقدية
١١٩	المبحث الأول - المسئولية العقدية في العقد القرني
١٢٠	المطلب الأول - الخطأ العقدي
١٢٠	§ ١ - ماهو الخطأ العقدي
١٢٦	§ ٢ - تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق
١٣٠	المطلب الثاني - الضرر
١٣٠	§ ١ - الضرر المادي والضرر الأدبي :
١٣٠	الضرر المادي
١٣٢	الضرر الأدبي
١٣٢	§ ٢ - مدى التعويض عن الضرر :
١٣٢	الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه في المسئولية العقدية
١٣٤	تحديد الضرر المباشر والضرر المتوقع
١٣٧	المطلب الثالث - علاقه السببية بين الخطأ والضرر :
١٣٨	§ ١ - القوة القاهرة والحادث المعنوي
١٤١	§ ٢ - خطأ المضرور
١٤٦	§ ٣ - خطأ الغير
١٤٨	المبحث الثاني - المسئولية العقدية في الفقه الاسلامي
١٤٨	المطلب الأول - الخطأ العقدي في الفقه الاسلامي .
١٤٩	§ ١ - الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الاسلامي
١٦٠	§ ٢ - الالتزام ببدل عناية في الفقه الاسلامي
١٨١	المطلب الثاني - الضرر في الفقه الاسلامي :
١٨١	فكرة الضرر في الفقه الاسلامي فكرة صيقة محدودة
١٨٢	الحراج بالضيان
١٨٢	الاجر والضيان لا يجتمعان
١٨٢	مق يعرض عن الضرر في الفقه الاسلامي
١٨٤	مق لا يعرض عن الضرر في الفقه الاسلامي



صفحة

- انجاء ملحوظ في الفقه الإسلامي نحو التعويض عن المفعة ١٨٨  
تقوم المنافع ووجوب التعويض عنها في التقنين المدني  
المعراقى ١٨٩  
المطلب الثالث - علاقة السببية بين الخطأ والضرر في الفقه الإسلامي ١٩١  
١٩١ - السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي :  
القوة القاهرة أو الالة السارية ١٩١  
خطأ المصروع ١٩٣  
خطأ الغير ١٩٤  
٢٥ - أثر السبب الأجنبي في الصيانة : ١٩٦  
التمييز بين يد الأمانة ويد "صيانة" في الفقه الإسلامي ١٩٦  
السبب الأجنبي بين "صيانة" في يد الأمانة لا في يد الصيانة ١٩٧

## الباب الثالث

### زوال العقد

- تمهيد : الأسباب المختلفة لزوال العقد ٢٠١  
أسباب انحلال العقد في الفقه الغربي ٢٠٢  
أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي ٢٠٤

## الفصل الأول

### الفسخ

- المرح الأول - الفسخ في الفقه الغربي ٢٠٦  
المبحث الأول - الفسخ بحكم المصاء ٢٠٩  
المطلب الأول - شروط المطالبة بالفسخ ٢٠٩  
المطلب الثاني - كيف يستعمل حق الفسخ ٢١٢  
المطلب الثالث - ما يترتب على الفسخ من أثر ٢١٥

- صفحة
- ٢١٧ المبحث الثاني - المصخ بمحكم الاتفاق
- ٢١٨ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا
- ٢١٨ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه
- ٢١٩ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم
- ٢١٩ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إقرار
- ٢٢٠ ما يترتب على الفسخ الاتفاق من أثر
- ٢٢١ المبحث الثالث - انقضاء العقد بمحكم القانون
- ٢٢١ انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه
- ٢٢١ استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي
- ٢٢٢ استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي
- ٢٢٢ مبدأ نحل النتيجة
- ٢٢٣ الأمر الذي يترتب على انقضاء العقد بمحكم القانون
- ٢٢٤ المبحث الرابع - الدفع بعدم تنفيذ العقد
- ٢٢٥ المطلب الأول - متى يمكن التمسك بعدم تنفيذ العقد
- ٢٢٨ المطلب الثاني - كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
- ٢٣٠ المطلب الثالث - ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم التنفيذ
- ٢٣٢ الفرع الثاني - المصخ في الفقه الإسلامي
- ٢٣٢ المبحث الأول - متى يجوز فسخ العقد في الفقه الإسلامي
- ٢٣٣ المطلب الأول - الحالات التي لا يجوز فيها فسخ العقد
- ٢٣٤ § ١ - عقد البيع
- ٢٣٦ § ٢ - عقد الإيجار بأنواعه المختلفة
- ٢٣٩ § ٣ - عقد الرهن
- ٢٤١ § ٤ - عقد الصبح
- ٢٤٢ المطلب الثاني - الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد
- ٢٤٣ § ١ - عقد البيع
- ٢٤٥ § ٢ - عقد الإيجار

- مقدمة  
 ٢٤٧ المطلب الثالث — استخلاص قواعد الفسخ في الفقه الإسلامى  
 ٢٥٢ المبحث الثانى — متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامى  
 ٢٥٣ المطلب الأول — تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامى  
 ٢٥٣ § ١ — عقد البيع  
 ٢٥٥ § ٢ — عقد الإيجار  
 ٢٥٨ § ٣ — عقد الوكالة وعقد الزواج  
 المطلب الثانى — استخلاص نظرية عامة في الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامى  
 ٢٥٩ شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد  
 ٢٦٠ الأثر الذى يترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد  
 ٢٦١ الأساس الذى يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد  
 ٢٦٢

## الفصل الثانى

### الإقالة

- ٢٦٤ الفرع الأول — الإقالة في الفقه الغربى  
 ٢٦٤ المبحث الأول — كيف تتم الإقالة  
 ٢٦٧ المبحث الثانى — الأثر الذى يترتب على الإقالة  
 ٢٦٩ الفرع الثانى — الإقالة في الفقه الإسلامى  
 ٢٦٩ المبحث الأول — كيف تتم الإقالة  
 ٢٧١ المبحث الثانى — الأثر الذى يترتب على الإقالة  
 ٢٧٥ المبحث الثالث — موازنة بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى في الإقالة









